

RECHERCHES HISTORIQUES
SUR LES
EMPÊCHEMENTS DE PARENTÉ
DANS LE
MARIAGE CANONIQUE
DES ORIGINES AUX FAUSSES DÉCRÉTALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 3 Juillet 1933, à 14 heures 30

PAR

Jean FLEURY

Président : M. LE BRAS professeur.

*Suffragants. { MM. FOURNIER, professeur honoraire.
PETOT, professeur.*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot

1933

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver
les opinions émises dans les thèses, ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.*

RECHERCHES HISTORIQUES
SUR LES
EMPÊCHEMENTS DE PARENTÉ
DANS LE
MARIAGE CANONIQUE
DES ORIGINES AUX FAUSSES DÉCRÉTALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 3 Juillet 1933, à 14 heures 30

PAR

Jean FLEURY

Président : M. LE BRAS professeur.
Suffragants. } MM. FOURNIER, professeur honoraire.
PETOT, professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot

1933



INTRODUCTION

L'étude historique dont nous entreprenons la publication est celle de la théorie canonique des empêchements de mariage résultant de la parenté et de l'affinité, depuis les origines jusqu'à la réforme pseudo-isidorienne.

Dans cette histoire mouvementée, le lecteur verra se refléter un aspect de la vie morale du peuple chrétien. Il pourra suivre, dans le domaine de cette question particulière, les phases de la pénétration de certaines lois romaines par la doctrine chrétienne. Il verra se réaliser un assainissement des mœurs du Bas-Empire, vainement tenté par les Empereurs païens. Il jugera de la décomposition du monde romain en constatant, aux temps barbares, ce qui reste d'une civilisation jadis si brillante. Il comprendra comment l'Eglise romaine, au cours des VIII^e et IX^e siècles, a repris à la tête des Eglises la place que Rome occupait autrefois à la tête de l'Empire, comment elle s'est préparée à devenir en matière de discipline ecclésiastique le trait d'union entre les Eglises que le malheur des temps avait séparées, et comment elle a composé la règle synthétique qui fut enseignée ensuite dans les pays de mission.

Influences indirectes multiples et souvent à peine perceptibles dans les lois séculières, combats décidés contre les coutumes barbares ou les errements des Eglises trop éloignées de Rome et incapables d'en comprendre les vigoureuses interventions, composition quand la rigueur de la règle risquait de compromettre des mesures plus utiles, tels sont les éléments qui forment la trame

de cette histoire dont les recherches modernes sur les anciens canons ont montré l'intérêt historique.

DÉFINITIONS

Avant d'entreprendre dans le détail, l'étude de ce développement historique et d'examiner les textes sur lesquels il s'étaie, il est nécessaire de donner quelques définitions, qui permettront d'éclairer l'obscurité des sources.

I. CONSANGUINITÉ. — On appelle consanguinité ou parenté par le sang, le lien qui unit deux personnes descendant l'une de l'autre ou d'un ancêtre commun¹. Le lien de parenté le plus simple unit le père et le fils et tous leurs descendants. Les parents forment un groupe quasi illimité², et les canonistes ne manquent pas de faire remonter la parenté de tous les hommes à Adam et Eve³. La prohibition ne pouvant aller aussi loin, on le comprend, il faut établir une classification. Les situations respectives des parents doivent être exprimées. Aussi distingue-t-on deux sortes de consanguinités : la consanguinité directe et la consanguinité collatérale.

A. *Consanguinité directe*. — La consanguinité directe comprend tous les descendants directs et les ascen-

1. Sur la définition de la parenté, cf. A. COLIN et H. CAPITANT, *Manuel élémentaire de Droit civil*, I, p. 141; LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. II, p. 45 : « La parenté est un lien qui unit deux personnes par des rapports dérivant de la nature ou de la loi. » Cette définition n'est pas assez rigoureuse : l'affinité est également une parenté.

2. Toute parenté est empêchement. Le principe n'est pas admis par LAURENT, *op. cit.*, t. II, p. 460. Il est soutenu par BAUDRY-LACANTINERIE et HOUCCUE-FOURCADE, *Traité de Droit civil*, t. II, p. 159, suivis par la jurisprudence. C'est aussi l'interprétation traditionnelle, comme nous le verrons.

3. Gratien, dans le dictum qui commence la Causa XXXV, quaestio I, remarque qu'en effet, à l'origine, les mariages entre parents devaient être permis : « Cum enim unus ab initio vir, atque una ex latere eius mulier formaretur a Deo, necessario sorores fratribus copulabantur Quod autem necessitate cogente fit cessante necessitate pariter cessare oportet. »

dants⁴ : aïeul et aïeule, grand-père et grand'mère, fils et fille, petite-fille et petit-fils, etc.

On peut commodément, pour fixer les idées, représenter par des schémas souvent employés, les définitions que nous venons de poser.

La ligne directe sera représentée simplement par le schéma suivant sur lequel s'échelonnent les parents.

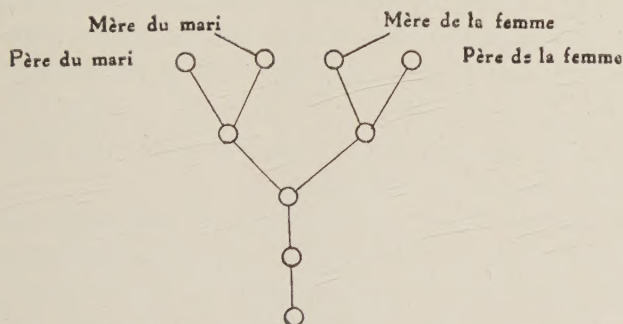


FIG. 1.

B. *Consanguinité collatérale*. — Les collatéraux sont les descendants d'un frère et d'une sœur, ou de deux frères, ou de deux sœurs.

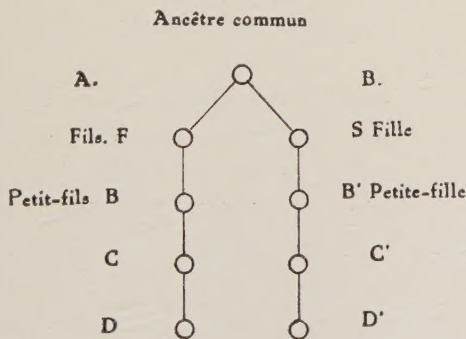


FIG. 2.

Les enfants du frère ou de la sœur sont les collatéraux de la sœur ou du frère. Il se forme même entre leurs

4. Les expressions ainsi employées sont traditionnelles. Elles sont d'origine romaine. Cf. P.-F. GIRARD, *Cours élémentaire de Droit romain*, 8^e éd., 1929, p. 157 et suiv., et les textes auxquels il renvoie.

descendants des liens de parenté collatérale : C est le collatéral de C', comme de D et de D'. Les parents du côté A de la figure II sont les collatéraux des parents du côté B.

On conçoit la complexité des liens qui naissent de cette façon et la nécessité d'une règle déterminant les relations qui rattachent deux collatéraux l'un à l'autre.

Dans le schéma II, nous appelons collatéraux, les frères et sœurs et tous leurs descendants. Il est clair que le lien qui unit F et S est plus étroit que celui qui unit B et B' entre eux, C et C' entre eux, F avec B ou B'. Aussi, a-t-on cherché à apprécier la différence qu'il fallait établir entre les collatéraux.

Ces schémas sont traditionnels, la remarque mérite d'être faite ⁵. Ils sont l'œuvre de praticiens qui ont dû les établir à une époque où la famille ancienne s'était déjà désagrégée. Il fallait exprimer en termes concrets un fait jusqu'alors sans intérêt. Le cas des successions les imposait ⁶ et les rendit pratiques. Il faut, en effet, pouvoir désigner sans hésitation possible, la personne qui, parente la plus proche, devra accepter les obligations et les droits d'une personne défunte sans successeur dans la ligne directe.

De là, la nécessité d'une appréciation de la parenté d'une personne vis-à-vis d'une autre, de la parenté relative, exprimée par un nombre de degrés.

Le Droit romain y satisfait de bonne heure. Les anciens, à l'aide des banderoles dont ils avaient cou-

5. On peut trouver dans le traité de J. ZHISHMANN, *Das Eherecht der orientalischen Kirche*, 1864, un choix abondant de schémas de ce genre, pour un droit dont les ramifications sont devenues si compliquées qu'il est impossible d'établir les liens qui unissent deux personnes sans ce moyen pratique de représentation.

6. Le manuel d'AUBRY et RAU a même jugé utile de représenter, pour le Droit moderne, les dévolutions successorales. On trouvera au tome IX, éd. Bartin, 1914 p. 436, une série de ces schémas. Voir encore C. CZYHLARZ, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*, 10^e éd., 1908, p. 56.

tume de décorer les statues des ancêtres dans les niches des *atria*, concurent très tôt, l'idée d'exprimer par une échelle, les liens de la parenté directe, et par les branches d'un arbre, les collatéraux qui, de chaque côté, se détachent de la ligne directe formant le tronc⁷.

On eut alors le schéma suivant, dont s'ornent de nombreux manuscrits du Code théodosien, du Digeste, des œuvres de saint Isidore de Séville.

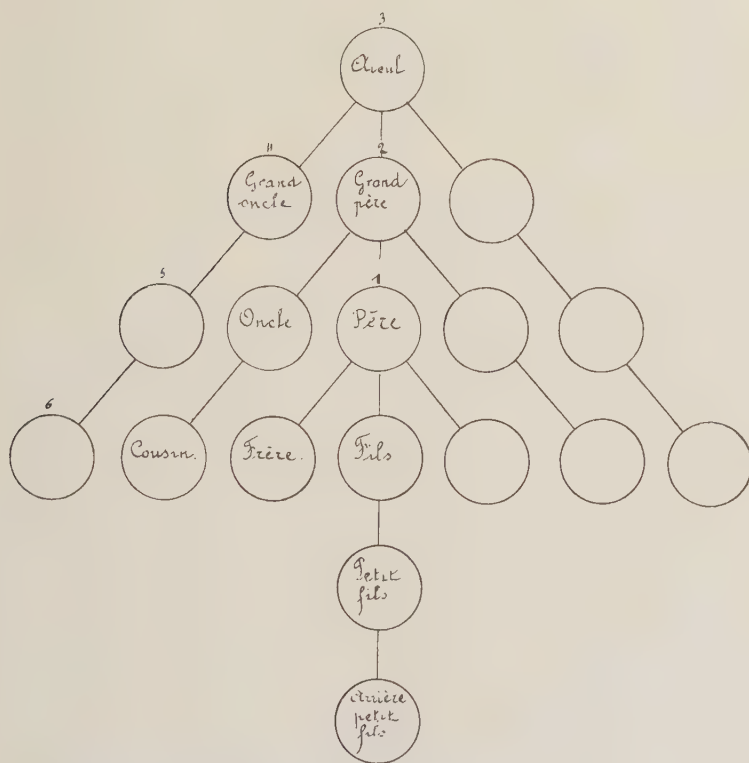


FIG. 3.

On comprend, dès lors, l'idée des arbres généalogiques dont il est si couramment question dans la dévolu-

7. Le procédé a été repris par les nombreux arbres de Jessé que l'on peut voir dans la décoration des églises.

tion des successions d'aujourd'hui et que les généalogistes recomposent minutieusement et avec tant de difficultés parfois.

Le tableau étant établi, il ne restait plus, pour apprécier le lien de parenté qui rattache deux personnes, qu'à compter le nombre de générations qui les séparaient.

Il fallait trouver le point de contact des deux lignes et additionner les degrés, comme on disait, en retenant l'ancienne image de l'échelle.

Un exemple : Quelle parenté unit Paul, petit-fils de Pierre avec Jacques, second fils de Pierre, frère d'André ?



FIG. 4.

C'est une parenté collatérale du troisième degré, celle de l'oncle comme on dit d'un mot, vestige de l'époque où l'on ne s'embarrassait pas de computation savante.

II. AFFINITÉ. — A côté de la parenté par le sang, l'affinité⁸ est la parenté fictive qui unit entre eux un homme et une femme du fait de leur mariage⁹. Cette parenté n'unit pas seulement les deux époux. Elle rattache aussi les parents de chacun d'eux à son conjoint. C'est là un domaine où la spéculation des scolastiques

8. L'origine du mot est romaine. Voir la définition des « affines » au D. 38.10.4.3 : « Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo quod duae cognationes, quae diversacinter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit. » On peut noter, dès maintenant, la relation qui existe entre « affines » et « cognati ».

9. La notion est inexactement exprimée par LOISEL : « Morte ma fille, mort mon gendre » *Institutes coutumieres*, t. I, p. 166 (éd. E. Dupin). Le décret de Gratien, Causa XXXV, quaestio 10, disait : « Affinitas in supersite non deletur ». C'est ce second point de vue qui fut suivi par l'ordonnance de 1667, titre XXIV, article IV.

s'est donnée libre carrière ¹⁰. D'une notion fort simple ¹¹ et limitée, entrevue par le Droit romain, renouvelée par une conception israélite, et dégagée par le Droit byzantin, les scolastiques ont fini par faire un enchevêtrement complexe dont nous aurons à parler dans le présent travail, bien que la plus belle époque de ce développement soit postérieure à la date que nous nous sommes assignée. Nous verrons que les plus anciens textes répandus dans les Eglises d'Orient, portaient déjà en germe cette prodigieuse efflorescence.

Représentons encore ce lien de parenté, dit d'affinité, par des schémas. Il faut distinguer l'affinité en ligne directe et l'affinité en ligne collatérale ¹².

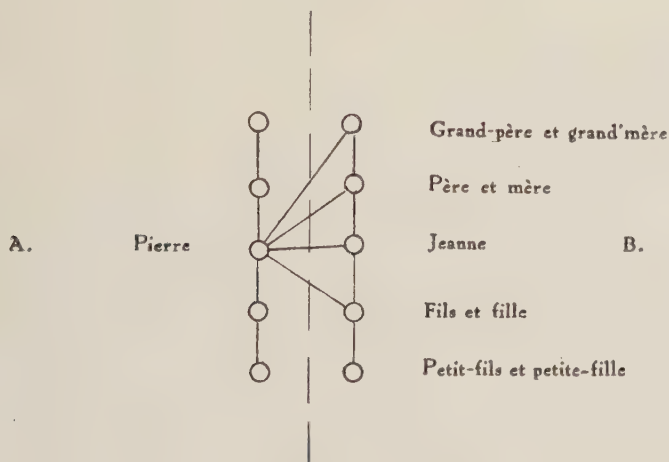


FIG. 5.

10. En remarquant que l'affinité était un transfert de parenté, il fallait conclure qu'elle s'étendait à tous les degrés de la consanguinité, et, naissant de la simple union charnelle, elle atteignait tous les parents de la femme avec qui cette union était réalisée. Cf. Les traités des canonistes, par ex. *Synopsis Pirhingiana seu compendiaria S. S. canonum Doctrina*, Venise, 1777, p. 564 et suiv.

11. Cette notion est fondamentale dans l'histoire que nous entreprenons. Elle fut la première que l'Eglise publia dans ses canons. C'est une illusion, nous le montrerons par la suite, qui a conduit W. von HÖRMANN, *Quasi-Affinität*, t. II, p. 228 et suiv., p. 322 et suiv., et après lui A. ESMEIN, *Le mariage en Droit canonique*, 2^e éd. de R. GENESTAL, 1929, p. 416-417, à en faire un produit de l'Eglise bretonne.

12. Malgré une observation souvent faite par les canonistes qui, selon les jurisconsultes romains, observaient que l'affinité ne pouvait comporter

A. *Affinité en ligne directe*. — On a voulu représenter (fig. 5), le lien qui unit Pierre avec la mère, la grand-mère, l'aïeule, la fille, la petite-fille de Jeanne, sa femme¹³.

B. *Affinité en ligne collatérale*. — Un nouveau schéma va nous représenter une affinité collatérale, lien de Pierre avec les frères et sœurs de Jeanne et leurs descendants.

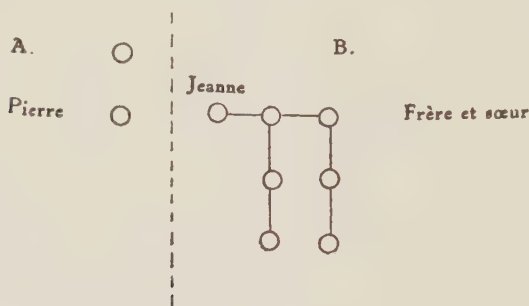


FIG. 6,

Il s'agit là d'une notion plus complexe déjà, que le Droit romain classique ne connut pas en tant qu'empêchement de mariage, mais que l'Eglise fit entrer dans le Droit des Empereurs chrétiens, sans d'ailleurs la désigner de ce nom d'affinité collatérale¹⁴.

de degrés. Cf. Le livre des *Sentences* de Pierre LOMBARD, IV, D, XLI, A. La remarque, d'ailleurs, ne gêna pas PAUCAPALEA : « Definitur ut a consanguineis propriis vel uxori propriae aequaliter absteat id est usque ad septimum gradum, si tamen in primo genere affinitatis reperiuntur », éd. F. M. MAASSEN, *Paucapalea*, p. 64; TANCREDE, plus tard : « Et istud genus affinitatis habet prohibitionem usque ad septimum gradum sicut ipsa consanguinitas ut expresse probatur. » A. WUNDERLICH, *Tancredi summa de matrimonio*, 1841.

13. Ce qui reste de la querelle sur les degrés d'affinité se trouve résumé dans LAURENT, *op. cit.*, p. 460 : « Il n'y a pas, à proprement parler, de degré ni de ligne dans l'alliance, puisque les degrés résultent de la génération ainsi que les lignes, et entre alliés, il n'y a pas de génération. Mais il a fallu appliquer la distinction des degrés et des lignes à l'alliance, puisque le mariage n'est prohibé qu'entre certains alliés. Comme l'alliance dérive de la parenté et en est pour ainsi dire l'image, on a étendu aux alliés les principes qui régissent la parenté. »

14. La prohibition se limita d'abord, comme nous le dirons, au beau-frère et à la belle-sœur. C'est de là que furent tirés tous les développements postérieurs.

Il va sans dire que, bien que nos schémas n'aient représenté que la parenté du côté de la femme, ils pourraient représenter la parenté du mari pour la femme, qu'il s'agisse de ligne directe ou de ligne collatérale.

III. PARENTÉ ADOPTIVE. — A ces deux notions de parenté : consanguinité et affinité, le Droit romain avait ajouté la notion de parenté adoptive dont l'étendue était rigoureusement calculée sur celle des deux premiers cas que nous venons d'indiquer. Il y eut une consanguinité et une affinité adoptive, reposant sur la fiction que l'adoption produisait une filiation véritable ¹⁵.

IV. PARENTÉ SPIRITUELLE. — L'Eglise a ajouté une quatrième notion de parenté : celle de parenté spirituelle, qui naît de la participation à deux sacrements, le baptême et la confirmation. Cette parenté même sera, dès son entrée dans le Droit, considérée comme plus importante encore que la parenté réelle. La naissance spirituelle du baptisé ou du confirmé explique l'idée de parenté entre parrain et filleul, parrain et marraine entre eux ¹⁶.

Elle peut se présenter sous deux formes :

1° Celle de la consanguinité, qui, en ligne directe, rattache le parrain à son filleul; en ligne collatérale, le par-

15. Généralement on enseigne que cette parenté n'entra guère dans le Droit canonique que par Gratien. D. LINDNER, *Die gesetzliche Verwandtschaft als Ehehinderniss im abendlandischen Kirchenrecht des Mittelalters*, 1920. Mais nous aurons à montrer le rôle indirect joué par la notion dans le Droit canonique et même, son apparition avant la date précitée.

16. A propos de l'étude de cette matière, on peut clairement voir la manière dont A. ESMÉIN a procédé dans son ouvrage : *Le mariage en Droit canonique*. C'est en partant des manuels classiques du Droit canonique des XVII^e et XVIII^e siècles, qu'il a fait ses recherches, pratiquant donc une méthode régressive. Le procédé, qui peut être bon pour un défrichage préliminaire, risque de conduire à des erreurs. La subtilité doctrinale des canonistes a réussi souvent à jeter sur les questions une ombre impénétrable. Bien des difficultés, relatives, en particulier, à la parenté adoptive n'existent guère si l'on procède avec une méthode plus conforme à l'ordre historique.

rain au frère de son filleul, le filleul à un autre filleul du même parrain;

2° Celle de l'affinité, qui rattache le parrain à la marraine, le parrain à la mère réelle du filleul comme la marraine au père réel du filleul. Il va sans dire que cette affinité peut exister en ligne directe comme en ligne collatérale ¹⁷.

*
**

Le trait caractéristique de la computation romaine que nous avons étudiée est d'établir des relations de parenté individuelle. Ce qu'ont voulu faire les auteurs est, manifestement, de définir la relation de deux personnes distinctes par rapport à une troisième. Le calcul a présenté, dans le cas des collatéraux seulement, un intérêt réel.

Le système germanique est tout différent ¹⁸. Il ne sépare pas les particuliers de la génération à laquelle ils appartiennent et avec qui ils partagent, en fait, la propriété.

C'est, en effet, à notre avis, une question générale de droit de propriété qui se cache sous ces deux systèmes : propriété individuelle pour Rome, propriété familiale pour les Germains, dont le système s'est, en droit canonique, heurté au système romain.

Pour les Germains, en effet, l'ancêtre commun étant connu, ses enfants forment la première génération, ses petits-enfants, la seconde, et ainsi de suite. L'apprécia-

17. Les canonistes postérieurs à Gratien ont divisé en trois groupes les liens de parenté spirituelle : *paternitas*, visant le prêtre qui administre le baptême, ainsi que le parrain et la marraine; *compaternitas*, visant la parenté du parrain et de la marraine; *confraternitas*, visant la parenté des filleuls d'un même parrain ou d'une même marraine. Cf. A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 403 et suiv.

18. Il y a de nombreux modes de computation, qui, tous, sont des compromis entre le système romain et le système germanique. Nous en rencontrerons quelques-uns au cours de ce travail.

tion relative de leur parenté ne s'exprime pas; ils se disent de la même génération vis-à-vis de l'ancêtre commun. C'est ainsi que les fils sont de la première génération, les petits-fils de la seconde, sans qu'il y ait à préciser davantage.

Ancêtre commun



Première génération

Deuxième génération

FIG. 7.

Comme la théorie n'a pas été construite pour définir les empêchements de mariage, les premiers auteurs qui la firent se heurtèrent à des complications infinies que nous verrons plus tard.

Cette série de définitions ne forme évidemment qu'un instrument commode pour l'exposition claire du développement. Le plus souvent, les témoignages que nous rencontrerons, n'auront pas le souci d'apprécier la parenté dans les systèmes que nous venons de retracer, ni d'employer les termes techniques que nous avons définis. Mais, nous le ferons pour eux, chaque fois qu'un indice précis nous le permettra ¹⁹.

Tout le monde connaît le désaccord du Droit séculier et du Droit canonique actuel dans la computation de la parenté ²⁰. L'Eglise a retenu un système voisin de celui

19. Nous n'avons pas jugé utile de reproduire, à propos de chaque série de textes, les termes techniques employés par eux pour désigner les divers parents. Cette méthode, en usage chez les canonistes allemands, P. HINSCHIUS, en particulier, et volontiers pratiquée par Robert GENESTAL, dans ses leçons à l'Ecole de Hautes-Etudes, nous eût demandé plus d'exceptions que de définitions, rien n'étant moins dans les usages des époques que nous étudierons, que cette précision du vocabulaire.

20. Cette manière de parler est exacte, si nous en croyons J. FREISEN qui montre, dans son étude, que le système de l'Eglise a été le résultat d'un compromis entre le système biblique des générations et le système germanique. Mais la démonstration de J. FREISEN ne semble pas avoir été admise. J. FREISEN, *Geschichte des Kanonischen Eherechts*, 1893.

du Droit germanique²¹. Les lois civiles ont emprunté au Droit romain un comput plus précis et au fond plus simple. Il n'en fut pas toujours ainsi. Pendant une longue partie de la période que nous étudions, la loi romaine guida la loi de l'Eglise. Par contre, le Droit séculier, conforme aux mœurs germaniques, employait pour la dévolution des successions, le comput par parentèles. Puis, un jour, pour des motifs que nous exposons, la situation inverse se présenta. L'Eglise, influencée par la Bible, et sans doute, par le Droit séculier, admit les règles civiles. Plus tard, le Droit séculier changea son comput pour celui du Droit romain, mais ceci n'est pas du domaine de notre travail²².



Le but de notre travail est de fournir une contribution à l'histoire des empêchements de parenté et d'affinité en Droit français. Nous ne pouvons satisfaire le sociologue ni le physiologue. Au premier²³, nous n'of-

21. Cf. BRISAUD, *Manuel d'histoire du Droit privé*, Paris, 1908, p. 74, n. 4, où l'on trouve une bibliographie qui en indique plusieurs autres. On enseigne généralement que c'est à dater du concile de Compiègne que l'Eglise franque employa ce comput; nous verrons qu'il n'en est rien.

22. On trouvera sur ce point des détails dans LASPEYRES, *Dissertatio, canonicae computationis*, 1824; U. STUTZ, *Verwandschaft des Sachsenspiegel* 1890, qui donne une bibliographie; GUYNE, *Traité de la représentation*, 1779; H. BRUNNER, *Erbfolgssystem*, p. 15; A. FLINIAUX, *Le système des parentèles*, Thèse, 1906.

23. Pour expliquer la réprobation presque générale de l'inceste dans toutes les sociétés, E. DURKHEIM, *La prohibition de l'inceste et ses origines* dans *Année sociologique*, 1896-1897, étudie, non parmi les circonstances de la vie actuelle, mais à l'origine, la forme primitive de défense de l'inceste. C'est la loi d'exogamie qui interdit l'union sexuelle entre les membres d'un même clan. Tous descendent du même totem dont ils portent le nom, tous rendent un culte au totem qui est Dieu, tous sont formés de sa propre substance et en chacun d'eux réside le principe surnaturel du totem. Ils sont donc mutuellement les uns pour les autres tabou : c'est-à-dire qu'ils se doivent mutuellement vénération et crainte, puisque, de chacun d'eux émane un peu de la puissance redoutable du totem. Or c'est le sang de l'individu qui contient au maximum cette puissance. Par ses manifestations physiologiques mensuelles, la femme est donc avant tout tabou pour les autres membres du clan; qui-

frons qu'un groupe de faits à interpréter; au second, une énumération de cas dont les conséquences médicales ne sont pas étudiées. Car, dans les écrits relatifs à l'inceste, la volonté des Pères de l'Eglise et des évêques des conciles fut bien plus de se conformer aux prescriptions générales de la Bible que d'expliquer humainement les prohibitions.

INTÉRÊT DE CETTE ÉTUDE EN DROIT FRANÇAIS POSITIF.

Une longue histoire a fait que, dans les législations modernes, le mariage, l'acte constitutif de la famille est devenu un engagement réglementé par l'Etat. Le choix de la personne avec qui se fera l'engagement n'est même pas entier. La tradition, dont le souvenir s'est maintenu dans le Code civil, pose une série de restrictions ²⁴.

Les restrictions les plus importantes sont celles des articles 161, 162, 163, 164 et 354, qui excluent plusieurs catégories de parents.

« ART. 161. — En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels et les alliés dans la même ligne. »

— « ART. 162. — En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels. Il est prohibé entre les alliés au même degré lorsque le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par le divorce. »

conque entre en contact avec elle, viole, le tabou et encourt la vengeance du Dieu et même celle des hommes.

Mais le totem n'est sacré que pour ses fidèles. Seuls ceux qui croient en descendre sont tenus de le respecter et de le craindre. Donc le mariage est formellement interdit à l'intérieur du clan; mais il est autorisé avec les membres d'un clan étranger, le clan paternel même, car, à l'origine, la filiation serait exclusivement maternelle.

Plus tard, le clan paternel fera reconnaître ses droits et l'interdiction des rapports sexuels s'étend au groupe des parents paternels. Enfin le totémisme disparaît et le clan fait place à de nouveaux types de famille où persiste la défense de l'endogamie. Et c'est par une évolution graduelle du clan vers la famille telle qu'elle est conçue actuellement, qu'on en arrive à la notion d'inceste que nous possédons.

24. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, p. 143 et 144.

« ART. 163. — Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. »

« ART. 164. — Néanmoins, il est loisible au roi, de lever pour des causes graves, les prohibitions portées par l'article 162, au mariage entre beau-frère et belle-sœur, et par l'article 163, au mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. »

Le tableau est complété par l'article 354 stipulant que le mariage est prohibé « entre l'adoptant et l'adopté et ses descendants, entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement, entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté, entre les enfants adoptifs du même individu, entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant ²⁵ ».

Ces cinq articles, seuls souvenirs de la législation confuse et touffue de l'ancien régime, représentent à nos yeux, le point d'aboutissement de nos recherches ²⁶. Mais nous n'avons pu, dans les limites de ce travail, enregistrer tout ce que cette expérience juridique contenait d'utile. Ce sera le but d'une étude ultérieure.

INTÉRÊT DE CETTE ÉTUDE DANS LE DROIT COMPARÉ

Les législations étrangères connaissent aussi ces empêchements restreints. Un coup d'œil jeté sur elles rapidement montre que, cependant, elles ne sont pas parfaitement d'accord sur le choix à opérer, tant pour la définition de l'empêchement que pour l'étendue de la défense. Le comparatiste le mieux averti échouera dans une explication systématique des divergences qu'il aura relevées. Comment, en effet, expliquer l'article 84 du

25. C'est, en effet, à propos de l'adoption qu'il est parlé de ces empêchements. Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil*, t. II : G. ROUAST, *Le mariage*, p. 96 et suiv.

26. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827-1828; LOCRÉ, *Exposé des motifs, Législation civile*, t. IV, 1830.

Code espagnol de 1889 ²⁷, l'article 1310 et les suivants du Code allemand de 1899 ²⁸, les articles 103 et suivants du Code chilien ²⁹, 87 du Code hollandais ³⁰, 60 du Code italien ³¹, 159 du Code du Mexique ³², 1058 et suivants du Code portugais ³³, l'article 100 du Code civil suisse ³⁴ ?

Il appartient à l'historien d'expliquer les variantes de

27. Art. 84 du Code espagnol, traduction d'A. LEVÉE, Paris, 1904 :

« Ne peuvent non plus contracter mariage entre eux :

» 1° Les ascendants et les descendants légitimes ou naturels ou les alliés au même degré;

» 2° Les collatéraux de la famille légitime jusqu'au 4° degré;

» 3° Les collatéraux par alliance de la famille légitime jusqu'au 4° degré;

» 4° Les collatéraux de la famille naturelle et leurs alliés jusqu'au 2° degré;

» 5° Le père et la mère adoptifs et l'adopté, l'époux de l'un de ces parents devenu veuf et l'adopté, l'un de ces parents et l'époux de l'adopté devenu veuf. »

28. Art. 1310 du Code allemand, traduction de l'Office de législation étrangère et de Droit international, Paris, 1923 : « Le mariage n'est pas permis entre parents en ligne directe, entre frères et sœurs germains ou non germains et entre alliés en ligne directe. Le mariage n'est pas permis entre personnes dont l'une a entretenu commerce charnel avec les père et mère, ascendants ou descendants de l'autre. Il y a également parenté, au sens des dispositions ci-dessus, entre l'enfant né hors mariage et ses descendants, d'une part, le père et ses parents, d'autre part. » Art. 1311 du même Code : « Il n'est pas permis à l'adoptant de contracter mariage avec l'adopté ou ses descendants, tant que subsiste le rapport de Droit créé par l'adoption. »

29. R. DE LA GRASSERIE, *Code chilien, Résumé analytique*, 1896, art. 103.

30. Art. 87 du Code néerlandais, traduit en français et mis en concordance avec le Code civil belge par P. H. HAUNEBRINK, 1921 : « Le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants tant légitimes qu'illégitimes, ou par alliance, dans la même ligne, et, en ligne collatérale, entre frères et sœurs, légitimes ou illégitimes. »

Art. 88 : « Le mariage est également prohibé :

» 1° Entre beau-frère et belle-sœur, légitimes ou illégitimes;

» 2° Entre oncle ou grand-oncle, nièce ou petite-nièce, ainsi qu'entre tante ou grand'tante, neveu ou petit-neveu, légitimes ou illégitimes. »

» Le roi peut, pour des causes graves, en accordant des dispenses, lever la prohibition portée au présent article. »

31. Art. 60 du Code italien de 1865, éd. P. Franchi, 1921.

32. R. DE LA GRASSERIE, *Code civil du Mexique, Résumé analytique*, 1896, art. 159.

33. Art. 1058 du Code portugais, traduction LANEYRIE et DUBOIS, 1896, in-8°.

34. Art. 100 du Code civil suisse du 10 décembre 1907, addition officielle, Berne, 1908 : « Le mariage est prohibé :

» 1° Entre parents en ligne directe, entre frère et sœur germains, consanguins, utérins, entre oncle et nièce, tante et neveu, que la parenté soit légitime ou naturelle;

» 2° Entre alliés en ligne directe, même si le mariage dont résulte l'alliance a été annulé ou dissous, par suite de décès ou de divorce;

» 3° Entre l'adoptant et l'adopté, ainsi qu'entre l'un d'eux ou le conjoint de l'autre. »

tous ces droits, à l'historien du Droit canonique de montrer le rôle joué par l'Eglise dans cette catégorie spéciale du Droit moderne³⁵.

Aussi, pour comporter une utile leçon de Droit comparé, cette étude devra comprendre le développement complet des dispositions canoniques jusqu'au jour où l'on voit les lois civiles des divers Etats de la chrétienté se détacher du tronc qui jusqu'alors avait étayé leur réglementation.

*
**

Le travail que nous entreprenons n'aurait pu être mené à bien si, au cours de nos recherches, nous n'avions été conseillé et encouragé par des maîtres éminents et bienveillants.

M. Paul FOURNIER, membre de l'Institut, nous proposa cette étude qu'il voulut bien suivre et reprendre. Qu'il veuille trouver ici le respectueux témoignage de notre reconnaissance.

A l'Ecole des Hautes-Etudes, Robert GÉNESTAL nous apprit à lire les textes souvent délicats de cette période du Droit canonique, et nous voulons rendre hommage à sa haute intelligence et à sa douce bonté.

M. Gabriel LE BRAS accepta la tâche ingrate de relire un premier manuscrit, et, par ses critiques acérées et perspicaces, contribua à l'amélioration d'une étude dont nous ne sentons que trop l'insuffisance. Nous lui exprimons, ici, l'expression de nos remerciements et de notre gratitude.

35. On peut trouver dans les recueils un peu étendus de Droit privé, des esquisses générales du développement de la prohibition, toutes tirées du travail d'A. ESMEIN ou des commentaires de POTHIER sur la matière. Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, p. 156 et suiv.

LIVRE I

Les origines de la répression de l'inceste

Le premier recueil juridique où il est possible de reconnaître une systématisation des empêchements de parenté est le Code théodosien, véritable synthèse des idées chrétiennes et de la technique romaine. Ce fut le fondement principal de la théorie canonique des empêchements de mariages.

Les éléments qui entrèrent dans la composition des articles du Code relatifs à l'inceste n'étaient pas, cependant, absolument nouveaux.

Le concile de Jérusalem avait déjà prescrit ce que la discipline chrétienne devait conserver de la tradition juive¹. Saint Basile et quelques canons des conciles du IV^e siècle, dans des cas dont la suite de l'histoire devait révéler l'importance, avaient également fixé quelques points précis de la répression des incestes.

1. Les auteurs anciens ont cru que le Nouveau Testament ne s'était pas occupé des empêchements de mariage, déclare Gratien, *Dictum Gratiani, Causa XXXV, quaestio I* : « Nullo autem evangelii precepto vel apostolico instituto consanguineorum conjunctiones prohibitaе inveniuntur. » Cf. A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 371. L'idée de reconnaître dans le mot *πορνεία* l'adhésion de l'Eglise chrétienne à une règle de la morale sexuelle juive, appartient à A. LOISY, *Les actes des Apôtres*, 1912, sur *Actes*, XV.

CHAPITRE PREMIER

LES ORIGINES RELIGIEUSES DE LA RÉPRESSION DE L'INCESTE

SECTION I. — LE CONCILE DE JÉRUSALEM. LA LOI MOSAÏQUE.

C'est une décision de Saint Paul qui entraîna l'Eglise de Jérusalem à prendre position, aux origines de l'histoire de l'Eglise, sur la question des empêchements de mariage. Vers l'année 47, l'apôtre Paul venait de visiter les synagogues de Pamphylie, de Pisidie et de Lycaonie et de décider la séparation des Juifs judaïsants de ceux qui avaient accepté la loi du Christ, tandis que Pierre, Jean et Jacques, frères du Seigneur, demeuraient fidèles aux obligations mosaïques, au point de les imposer aux adeptes de Jésus. L'Eglise d'Antioche fut le théâtre où s'affrontèrent ces deux conceptions apostoliques. Elle avait admis la confusion de Juifs et de Gentils dans la communauté chrétienne. Paul y débarquait au moment où des gens venus de Judée enseignaient aux frères que, s'ils n'étaient pas circoncis, ils ne pourraient être sauvés. Le conflit éclata.

Une délégation partit pour Jérusalem², afin de solliciter des apôtres et des prêtres une décision. On se rendit à la communauté et, après des actions de grâces, la contradiction surgit : Devait-on circoncire ou non les Gentils ? On en délibéra.

Pierre rappela d'abord à tous, que le Christ avait

2. C'est le concile de Jérusalem, dont la date est fixée entre 50 et 52 après Jésus-Christ.

parlé aussi pour les Gentils, et que, lui-même, avait été, de longue date, élu pour cet apostolat. Il posa le principe qui devait éclairer le débat : « C'est la grâce de Dieu qui nous sauve, nous et les Gentils ³. »

Quand Paul eut, à son tour, présenté son argumentation ⁴, on décida de ne pas inquiéter les nouveaux convertis qui se conformeraient aux prescriptions essentielles, universellement enseignées, de la Loi mosaïque ⁵.

Un décret fut rédigé et envoyé aux Eglises. Il nous a été conservé par Luc dans les Actes des Apôtres. C'est le *Décret apostolique* ⁶. Ce texte retenait, parmi les obligations mosaïques qu'il fallait imposer aux chrétiens, quatre des plus importantes d'entre elles : Défense de manger la chair des animaux offerts dans les sacrifices païens; défense de manger la chair des animaux étouffés; défense de se nourrir du sang des animaux; défense de commettre tout acte de πορνεία ⁷.

C'est cette dernière prescription ⁸ qui constitue la défense de tout acte incestueux.

Le mot a, en effet, un sens plus étendu que celui de

3. *Actes des Apôtres*, XV, 8.

4. L'argument de Paul est le suivant : Je professe la suppression des règles mosaïques, et la meilleure preuve que je puisse donner de cette profession, est que Dieu fait par mes mains des miracles chez les Gentils.

5. Le sens de l'argument devient très clair, après la remarque de Jacques (*Actes*, XV, 19-22) : les restrictions qui sont demandées aux païens convertis ne vont pas leur paraître des nouveautés trop étranges.

6. Le décret des Apôtres (*Actes*, XV) a été étudié pour lui-même dans un grand nombre de travaux dont les plus importants sont ceux de A. HARNACK, *Das Apostel-Dekret*, 1899; H. COPRIETERS, *Le décret des Apôtres*, *Revue Biblique*, 1907, p. 34-58; J.-M. LAGRANGE, *Epître aux Galates*, 1918, p. 78 et suiv.; SIX, *Das Aposteldekret*, 1912.

7. *Actes*, XV, 19, 21.

8. Le texte est répété trois fois dans les *Actes* : XV, 19, 20; 28, 29; XXI, 25, avec des différences dans la forme qui ont fait émettre des doutes sur son authenticité. La question se complique encore de recensions diverses. Il y a une recension orientale et une recension occidentale. HARNACK préfère la recension occidentale et COPRIETERS, la recension orientale. Cf. *Suppl. au Dictionnaire de la Bible*, v° *Actes des Apôtres*, 1926, art. de L. PIROT. Sur l'authenticité, les longues querelles qui se sont élevées ne semblent pas de nature à faire disparaître des textes sacrés, ce « court catéchisme moral », selon l'expression d'Harnack.

fornication qu'on lui donne habituellement⁹. Les autres délits prévus par le décret étant spécifiquement juifs, le quatrième doit l'être également et ne peut désigner que des fautes contre la pudeur juive, c'est-à-dire, outre l'adultère et la fornication, le délit d'inceste. C'est d'ailleurs le sens que saint Paul lui donne également, quand il écrit aux Corinthiens, voulant leur reprocher les mœurs incestueuses d'un membre de leur communauté¹⁰ : « J'ai entendu dire que parmi vous se commettait la πορνεία¹¹ ».

Aussi, quand l'apôtre Pierre, au concile de Jérusalem, décide d'imposer aux chrétiens venus de chez les Gentils, les règles mosaïques relatives à la πορνεία, il entend leur imposer les prescriptions de la morale juive relatives à l'inceste.

C'est donc au Droit mosaïque, et d'abord, à la Bible, que nous devons demander des prescriptions positives en matière d'empêchements de mariage.

Dans l'ancien testament, les textes fondamentaux des défenses de mariage entre parents sont les chapitres XVIII, XIX, et XX du Lévitique qui exigent la sainteté du peuple juif, conditions de l'alliance que Yaweh contracte avec lui : « Car je suis saint, moi, Yaweh, votre Dieu¹². »

9. Sur πορνεία, cf. HEFELE LECLERCQ, *Histoire des Conciles*, t. I, 1^{re} p., appendice I. Le sens que nous donnons au mot, au texte, est celui qu'indique J. MOULTON et G. MILLIGAN, *The Vocabulary of the Greek Testament*, 1920.

10. I Corinthiens, V, 5.

11. I Corinthiens, V, 1. Il semblerait donc qu'il se fût agi d'une faute très grave et peu fréquente. Peut-on penser qu'il s'agit de fornication ? Le texte de saint Paul est très concluant contre les auteurs qui ne veulent pas donner à πορνεία le sens précis que nous croyons être le sien.

12. L'expression de « Loi de sainteté » a été donnée à cette partie du texte, parce que la sainteté est la base de toutes les prescriptions qui y sont contenues. Telle qu'elle se présente au texte du Lévitique, cette loi semble consister dans l'obligation d'imiter la sainteté de Dieu. Ce serait là, le fondement religieux de toutes les prohibitions de mariage dans la Bible et dans les droits qui en sont dérivés. H. M. LUCKOCK (*The history of Marriage Jewish and Christian*, 1894, p. 278) soutient qu'il n'y a pas de relations entre l'Ecriture et la loi chrétienne, sur ce point.

La Genèse ne contenait pas de règle formelle, mais donnait çà et là quelques exemples de réprobation de l'inceste, cas, d'ailleurs, d'unions illégitimes entre parents et non de mariages. Le premier est celui des filles de Loth¹³, qui, désolées de leur solitude dans la montagne, et ne voyant plus la possibilité de contracter mariage avec un homme du pays, s'unirent l'une et l'autre, subrepticement à leur père. C'est à cet incident que la tradition biblique rattache l'origine des Moabites et des Ammonites¹⁴. Le second exemple est celui de Ruben, fils aîné de Jacob, qui, en déshonorant Bala, concubine de son père perdit son droit d'aînesse¹⁵. Citons aussi le cas plus complexe de Juda, qui avait refusé à Thamar, veuve sans postérité de son fils aîné, la main du fils cadet à laquelle la loi du Lévitique lui donnait droit. On connaît l'artifice qu'elle employa pour faire triompher sa juste cause¹⁶.

13. *Genèse*, XIX, 30-38. Les expressions du texte sont significatives : « Il n'y a pas d'homme dans le pays pour venir vers nous, selon l'usage de tous les pays », p. 18. Il s'agit de cette forme particulière de mariage des juifs nomades qu'on appelle depuis ROBERTSON-SMITH, *Kinship and Marriage*, 1928 : le mariage *Sadiqa*. Cf. A. LODS, *Israël des origines au début du VIII^e siècle*, 1930, p. 219 où l'on trouve des renvois au texte des *Juges* (XV, 1; VIII, 31) et à celui de l'*Exode* (XIV, 18; XVIII, 2-6).

14. *Genèse*, XIX, 37 et 38. Ce sont deux races ennemies et méprisées du peuple juif.

15. *Genèse*, XLIV, 4, dans la prophétie de Jacob :

« Ruben mon premier né

.....

Tu t'es répandu comme l'eau; tu ne croîtras pas,

Parce que tu es monté sur le lit de ton père,

Et que tu as souillé sa couche. »

Il faut d'ailleurs observer que, dans le très ancien Droit, la parenté paternelle, même très rapprochée, n'était pas un empêchement de mariage. A. LODS, *op. cit.*, p. 220.

16. *Genèse*, XXXVIII, 6-26. Ce récit de la Genèse est parfois appelé par les commentateurs, l'inceste de Juda. Juda avait eu trois fils Her, Onan et Séla. Il avait marié Her, son fils aîné avec Thamar et celui-ci était mort sans laisser de descendance. Onan refusa d'épouser Thamar à qui Juda se vit contraint de promettre Séla, son plus jeune fils. Il n'exécuta pas sa promesse quand Séla fut en âge et Thamar imagina de se vêtir en courtisane pour s'unir à Juda lui-même, comme il se rendait à Timna pour y faire tondre ses brebis.

Le chapitre XVIII du Lévitique vise, au contraire, les prohibitions de mariages¹⁷. « Yaweh parla à Moïse en disant : « Parle à l'assemblée d'Israël et dis-lui : « Je suis » Yaweh, votre Dieu. Vous ne ferez point ce qui se fait » au pays d'Egypte, et vous ne ferez point ce qui se fait » au pays de Chanaan où je vous conduis, vous ne suivrez pas leurs lois¹⁸. »

Les dispositions qui suivent ont précisément pour but de mettre en garde le peuple élu contre une contamination dangereuse. Chez les Egyptiens, en effet, l'union entre le père et la fille n'était pas défendue et même l'union entre frère et sœur était réputée la plus juste et la plus naturelle. La coutume était telle que, dans les œuvres littéraires, la poésie en particulier, les mots de frère et sœur avaient des significations analogues à ceux d'amant et maîtresse¹⁹. C'était presque une loi chez les Pharaons d'épouser leur propre sœur²⁰ de préférence à une étrangère. Cette coutume fit même, qu'à l'époque thébaine, on compte autant de reines que de rois. Les fils gardaient bien la prépondérance sur les filles quand tous naissaient d'un frère et d'une sœur utérins et consanguins, mais si le fils avait une mère qui n'était pas de souche divine, l'aînée des sœurs issues d'un meilleur mariage, c'est-à-dire d'une union incestueuse, devenait Pharaon légitime²¹.

17. *Lévitique*, XVIII, 1-3.

18. Cf. A. FAURE, *Le mariage en Judée et en Egypte*, 1897, p. 11.

19. ERMAN RANKE, *Ægypten*, 1930 p. 180. Il est fait allusion à cette coutume, dans la *Genèse*, XX, 12 : Abraham ayant quitté la maison de son père, fait promettre à Sara sa femme de dire avec lui qu'elle est sa sœur, pour éviter les persécutions : « Dans tous les lieux où nous irons tu diras que je suis ton frère. » Elle était en fait sa sœur consanguine. L'histoire d'Ammon et de Tamar, *Rois*, II, XIII, 1-22, semble prouver que là ces mariages pouvaient se faire par autorisation du roi en Israël.

20. MASPÉRO, *Histoire ancienne des peuples de l'Orient*, tome II, p. 77-78. M.-A. RUFFER, *On the physical effects of consanguineous marriages in the Royal families of ancient Egypt*.

21. Chez les Chaldéens, comme les rois ne s'attribuaient pas une origine divine, ils n'étaient pas contraints d'épouser leur sœur, à la manière des Pharaons, et on trouve rarement parmi leurs femmes, des reines qui justi-

Par un texte formel, Moïse s'éleva contre cette coutume :

« Aucun de vous ne s'approchera d'une femme qui est sa proche parente pour découvrir sa nudité : Je suis Yaweh.

» Tu ne découvriras pas la nudité de ton père et la nudité de ta mère. C'est ta mère, tu ne découvriras pas sa nudité.

» Tu ne découvriras pas la nudité de la femme de ton père : c'est la nudité de ton père.

» Tu ne découvriras pas la nudité de ta sœur, fille de ton père ou fille de ta mère, née dans la maison ou hors de la maison ; tu ne découvriras pas leur nudité.

» Tu ne découvriras pas la nudité de la fille de ton fils ou de la fille de ta fille : car c'est ta nudité.

» Tu ne découvriras pas la nudité de la fille de la femme de ton père, née de ton père, c'est ta sœur.

» Tu ne découvriras pas la nudité de la sœur de ton père, c'est la chair de ton père.

» Tu ne découvriras pas la nudité de la sœur de ta mère : c'est la chair de ta mère.

» Tu ne découvriras pas la nudité du frère de ton père, en t'approchant de sa femme : c'est ta tante.

» Tu ne découvriras pas la nudité de ta belle-fille : c'est la femme de ton fils, tu ne découvriras pas sa nudité.

» Tu ne découvriras pas la nudité de la femme de ton frère : c'est la nudité de ton frère.

» Tu ne découvriras pas la nudité d'une femme et de sa fille.

» Tu ne prendras pas la fille de son fils, ni la fille de sa fille, pour découvrir leur nudité : elles sont proches parentes, c'est un crime.

» Tu ne prendras pas la sœur de ta femme en découvrant sa nudité avec celle de ta femme, de son vivant ²². »

fient de droits analogues à ceux du roi. Dans le peuple, l'inceste était défendu, au moins en ligne directe, et au premier degré. Le Code d'Hammourabi dit en effet que si un homme a eu commerce avec sa fille, on devra le chasser, que si un homme a choisi une fiancée pour son fils et que ce dernier l'ait connue, si la père lui-même est surpris à coucher dans son sein, il sera lié et jeté à l'eau. Dans l'hypothèse contraire où le fiancé n'aurait pas encore connu la femme que son père lui destinait et que ce dernier l'ait connue, la peine prévue serait moins grave, mais il devrait payer à la victime une demi-mine d'argent et lui rendre intégralement tout ce qu'elle a apporté. Elle pourra, dès lors, épouser qui elle voudra. La peine pour celui qui, « après son père, a dormi dans le sein de sa mère », était le bûcher. S'il ne s'agit que d'une belle-mère, l'homme sera chassé de la maison paternelle. V. SCHERL. *La loi d'Hammourabi*, 1904, p. 29-30.

²². *Lévitique*, XVIII, 6-19,

Telles sont les défenses fondamentales faites au mari, à qui incombe la responsabilité dans le mariage avec une parente²³. Toutefois, ce mariage n'est pas défendu entre le beau-frère et la belle-sœur, à la mort du frère ou de la sœur²⁴.

Le chapitre XX du Lévitique avait prévu les pénalités. La mort condamne l'incestueux dans trois cas : le fils qui souille le lit de son père en s'unissant avec la seconde femme de son père (*noverca*) ; le père qui souille la femme de son fils (*nurus*) ; le père qui s'unit à la fille que sa femme a eue d'une précédente union (*privigna*). Un châtiment exemplaire punira les coupables : ils mourront devant le peuple²⁵. Le frère qui s'unit à sa sœur sera seulement chassé de la société juive, peine qui, chez les exégètes, prendra le nom d'excommunication²⁶. Le neveu qui s'unit à sa tante portera avec sa complice « le poids de sa faute », dit un texte. Ce châtiment, sans autre désignation, vise la mort par étouffement, peine du droit commun chez les Hébreux. S'il s'agit de la femme de l'oncle, « le coupable mourra sans enfants²⁷ ». C'est aussi la peine de celui qui épouse la femme de son frère vivant, mais il n'est pas possible de déterminer la nature de cette peine, civile ou pénale²⁸.

Mais toutes les dispositions que nous avons rapportées ne représentent plus le Droit mosaïque au temps de

23. C'est un exemple de mariage *Sadiqa*. Cf. W. ROBERTSON-SMITH, *Kinship and Marriage in early Arabia*, 1928, nouvelle édition.

24. Nous aurons plus tard l'occasion de rappeler les contestations qui s'élevèrent sur ces deux cas. Cf. la lettre de Diodore contre Basile et le canon 11 de la décrétale de Bircice aux évêques de Gaule.

25. Le crime avec la *noverca*, puni au Lévitique : XX, 11 ; avec la *nurus* et la *privigna* : XX, 14.

26. Lévitique XX, 17.

27. Lévitique XX, 19.

28. Les peines rappelées dans les malédictions du Mont Hébal. *Deuteronomie* : XXVIII, 20, 22, 23. Cf. F. DE HUMMELAUER, *Commentarius in Exodum et Leviticum*, 1897, p. 480-483-499 et *Commentarius in Deuteronomium*, 1899,

Jésus ²⁹. Les rabbins avaient déduit des prescriptions fondamentales du Lévitique une série d'autres empêchements, qui n'eurent pas une influence directe sur le Droit canonique. Quelques-uns demeurèrent cependant ; nous les verrons dans les chapitres ultérieurs, dans les écrits de saint Basile et dans les conciles. Ils marquent encore aujourd'hui les dépendances de la tradition catholique vis-à-vis de la loi juive.

On trouve dans les Talmuds une série de défenses de mariages prescrites par la Bible, ainsi classées ³⁰ :

- 1° La mère ;
- 2° La belle-mère ;
- 3° La sœur ;
- 4° La petite-fille née du fils ;
- 5° La petite-fille née de la fille ;
- 6° La belle-fille, fille d'un premier lit ;
- 7° La tante paternelle ;
- 8° La tante maternelle ;
- 9° L'épouse de l'oncle maternel ;
10. La bru ;
- 11° L'épouse du frère ;
- 12° La fille et la mère ;
- 13° La petite-fille de l'épouse née du fils ;
- 14° La petite-fille de l'épouse née de la fille ;
- 15° La sœur de l'épouse.

De ces quinze cas ³¹, les Talmuds déduisirent logiquement l'empêchement de mariage avec la mère de la

29. Il avait été l'objet de perfectionnement et de développement sur lesquels on a de médiocres renseignements. Cf. E. SCHURER, *Geschichte der jüdischen Volkes Zeitalter Jesu Christi*, 3^e édition, 1902.

30. C'est l'ordre dans lesquels ils apparaissent dans la Bible. Cf. A. BILLAUER, *Grundzüge des babylonisch-talmudischen Eherechts* (Diss.), 1910, p. 23 et suiv.

31. Nous verrons plus tard à une époque où l'on devait reprendre attentivement la lecture de la Bible, au temps d'Alcuin, que la sagacité carolingienne ne retrouvera plus ces quinze défenses, mais, douze défenses caractérisées seulement.

femme, la grand'mère, mère de la mère, la grand'mère, mère de la veuve du père ³² empêchements représentés au tableau ci-contre, par les cas 16, 17 et 18.

La première remarque suggérée par ce tableau des prohibitions est la confusion complète des parents de la femme et du mari, autrement dit, de la consanguinité et de l'affinité ³³, principe qui devait jouer un rôle considérable.

Le texte primitif de la Bible ne prévoyait pas, nous en avons fait la remarque au passage, l'empêchement de mariage avec les deux sœurs, successivement, mais visait l'adultère du mari avec la sœur de son épouse : « Tu ne prendras pas la sœur de ta femme pour en faire une rivale en découvrant sa nudité, avec celle de ta femme, de son vivant ³⁴. »

Les rabbins furent amenés cependant, à faire une défense absolue de ces mariages par application du principe de l'unité de chair, c'est-à-dire à confondre la consanguinité et l'affinité dans les règles d'empêchement de mariage.

Le plus ancien texte que nous possédions sur ce principe est le récit de la naissance d'Eve, qui, par la volonté de Dieu, est sortie de la chair d'Adam. Il est justifié par la règle fondamentale du mariage juif : « Puis l'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à son épouse et ils seront deux dans une seule chair ³⁵. » Ce sont là

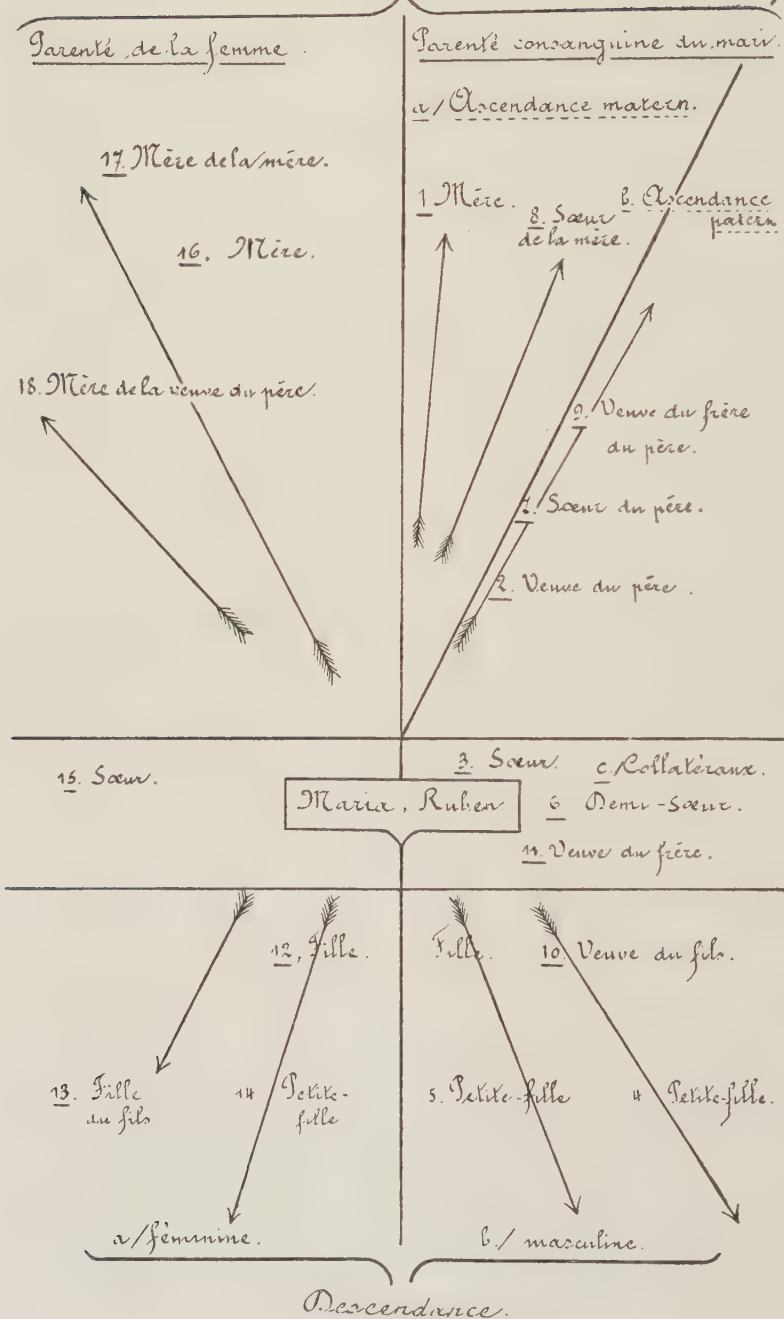
32. Ces cas avaient été ajoutés par les Rabbins, comme s'imposant au bon sens. J. SELDEN, *Uxor Hebraica, seu de nuptiis et divortiiis ex Iure civili, id est, divino et talmudico veterum Ebraeorum Librit*, 1640. p. 5 et suiv.

33. D'après le tableau on peut voir que les parents de Maria, ascendants, descendants et collatéraux sont confondus avec les ascendants, descendants et collatéraux de Ruben.

34. *Lévitique*, XVIII. 18.

35. *Genèse*, 2, 24. Le texte hébreu est traduit rigoureusement par les LXX : προσκολληθήσεται. Les Pères de l'Eglise ont admis ce point de vue et l'ont incorporé à la théologie chrétienne. Tertullien, *De anima*. 21. P. L., tome 2, col. 684. Saint Augustin, *De Civitate Dei*, liv. 14, chap. 22, P. L., tome 41, col. 429. Le Talmud de Babylone développe longuement la théorie : tit. *Sanhedrin*, chap. 7, droit pénal. Talmud de Jérusalem, *Guémara*, tit. *Kiddushin*, chap. II.

Ascendance.



les termes employés par l'Esprit Saint, dit Jarchius, pour défendre aux fils de Noé, aux hommes en général, les unions avec les parents par alliance. Un homme ne peut s'unir à une parente de sa femme, cette parenté se confondant avec le sienne propre ³⁶.

C'est de cette règle que les rabbins, par de subtils raisonnements, ont déduit également les prohibitions d'homosexualité, d'unions avec les animaux ³⁷, qui ne furent pas lettre morte pour les chrétiens. On peut retrouver toute la théorie, retracée dans les lettres de saint Paul ³⁸, dont la doctrine est en parfait accord avec la *Guemara* de Babylone ³⁹. Bien mieux, un texte de saint Matthieu : καὶ ἔσονται οἱ δύο εἰς σάρκα μίαν⁴⁰, est rigoureusement le texte d'une paraphrase de Jonathan ⁴¹.

L'enseignement rabbinique ne s'en tint pas à ces dix-huit défenses; il en ajouta une seconde catégorie, dite « secondaire », et qui représente les empêchements déduits des prohibitions du Lévitique.

Ces cas sont au nombre de vingt-et-un, la plupart désignant, d'ailleurs, des groupes illimités de parents. Voici, dans l'ordre qu'elles occupent dans le Talmud, la Mischna et la *Guemara* de Jérusalem, au titre : « Yebamoth », les personnes de sa parenté avec qui un homme ne peut s'unir :

1° La mère de la mère;

36. Cf. J. SELDEN, *De iure naturali et gentium, iuxta disciplinam Ebraeorum libri septem*, 1712, p. 562 : « Le Saint Esprit s'est servi de ces paroles pour interdire à tout le genre humain les unions incestueuses ».

37. La *Guemara* de Babylone dit formellement que c'est de ces textes que viennent les défenses d'unions avec les animaux. M. SCHWAB, *Le Talmud de Jérusalem*, 1932. MAIMONIDE, *Mischna*, III., observe qu'il ne peut y avoir, évidemment, unité de chair dans ce cas.

38. I. *Corinthiens*, VI. 16.

39. Cf. L. GOLDSCHMIDT, *Das babylonische Talmud*, 1896-1909, 8 volumes.

40. MATTHIEU, XIX. 5. correspond au texte de la *Genèse*, 2.24. Marc, X. 8 disait la même chose, dans les mêmes termes. Paul *Ephes.* 5. 31 reprend les termes de la *Genèse* : 2.24.

41. J. SELDEN, *Uxor hebraica*, p. 503.

- 2° La mère de l'aïeule maternelle;
- 3° La grand'mère paternelle;
- 4° La mère de l'aïeule paternelle;
- 5° L'épouse de l'aïeul paternel et toutes les épouses de tous les aïeux paternels; cet empêchement s'étend si loin dans la doctrine rabbinique que la femme du patriarche Jacob ne peut être épousée par aucun des Juifs;
- 6° L'épouse de l'aïeul maternel, et elle seule;
- 7° L'épouse du frère utérin du père, de l'oncle par conséquent;
- 8° L'épouse de l'oncle maternel, que cet oncle soit avec la mère, germain, consanguin ou utérin;
- 9° La bru du fils, des petits-fils, à ce point que pour Jacob (c'est toujours l'exemple des rabbins), l'épouse d'un Juif, quel qu'il soit, serait une épouse interdite;
- 10° Les filles de la bru;
- 11° La petite-fille de la nièce du fils;
- 12° La petite-fille du petit-fils du fils;
- 13° La petite-fille de la nièce de la fille;
- 14° La petite-fille du petits-fils de la fille;
- 15° La petite-fille du beau-fils du fils;
- 16° La petite-fille de la petite-fille de la fille;
- 17° L'aïeule maternelle du gendre;
- 18° L'aïeule paternelle de la bru;
- 19° L'aïeule paternelle de la bru;
- 20° L'aïeule paternelle du gendre.

Après une telle énumération, il n'est sans doute pas inutile de rappeler que, pour tous les autres degrés de parenté, le mariage est possible. Le 21^e cas, que nous n'avons pas joint à la liste, vise la parenté avec les membres de la famille d'une fiancée abandonnée.

Malgré cette législation très rigide et si manifeste-

ment soucieuse de ne rien permettre qui pût paraître une atteinte à la chasteté du mariage juif, l'inceste ne disparut pas des mœurs juives. L'aventure d'Hérode Antipas qui avait épousé la femme de son oncle Philippe, la célèbre Hérodiade, montre qu'aux temps évangéliques, rien n'était encore changé dans les habitudes du peuple ⁴².

Il serait injuste, cependant, de ne pas signaler à cette date les efforts tentés par certains esprits profondément juifs comme Flavius, Josèphe et Philon pour essayer de ramener le peuple juif au respect des règles traditionnelles ⁴³. Mais leurs efforts n'aboutirent pas; la preuve en est dans la réputation d'incestueux qui pesa sur les premiers chrétiens et dont l'origine n'était autre que la confusion faite entre eux et les Juifs.

Ils durent s'en défendre énergiquement. Tertullien trouva contre les accusateurs païens, un argument piquant : « Qui donc peut être plus incestueux que ceux à qui Jupiter a si bien enseigné l'inceste ? ⁴⁴ » Minucius Felix, après lui déclare : « Et, vous, vous honorez des Dieux incestueux qui s'unissent à leur mère et à leurs sœurs ⁴⁵. » Le talent et la vie exemplaire des défenseurs

42. Marc, VI. 17. 18. FLAVIUS JOSÈPHE : (*Antiquités judaïques*, XVIII, 5,1) nous apprend qu'Hérode avait épousé Hérodiade, la femme de son oncle Philippe, du vivant de ce dernier.

43. Sur la question cf. E. R. GOODENOUGH, *The jurisprudence of the Jewish Courts in Egypt, Legal administration by the sams under the early Roman Empire as described by Philo judeans*, 1929, p. 82-85. La thèse de l'auteur est loin d'être convaincante. Son argumentation sur l'inceste est erronée, croyons-nous. Le Droit mosaïque punissait l'incestueux de mort. Cf. le compte rendu de M. Paul COLLINET, *Annales du Musée Guimet, Revue de l'Histoire des Religions*, t. CIV, n° 6, nov.-déc. 1931, p. 462 et suiv.

44. TERTULLIEN, *Apologétique*, ch. IX : « Proinde incesti qui magis, quae ipse Jupiter docuit ? » Une note d'HAVERCAMPUS, P. L. t. I, col. 325, renvoie à un texte de SÉNÈQUE, *Apocolocyntose* : « Illum Deum ab Jove ? quem quantum quidem in illo fuit, damnavit incesti. L. Silanum enim generum suum occidit. Oro per quod ? Sororem festivissimam omnium puellarum, quam omnes Venerem vocarent, maluit Junonem vocare ».

45. *Octavius*, XXXI. 3 : « Sic et Deos colitis incestos cum matre cum sorore coniunctos ».

de l'Eglise n'empêchèrent pas, cependant, une confusion qu'autorisait une communauté étroite de croyances et de règles morales.

SECTION II. — SAINT BASILE. LES PREMIERS TEXTES CONCILIAIRES. CE QUI EST RESTÉ DE LA LÉGISLATION MOSAÏQUE.

A. *Saint Basile.*

C'est encore le souvenir des règles mosaïques que nous retrouvons dans les œuvres de saint Basile, à propos de l'empêchement de mariage avec la belle-sœur. « Dans les questions matrimoniales, écrit-il, vers 373¹, la règle importante est que nous puissions nous justifier en invoquant la coutume. Elle a force de loi; nous la tenons des Saints Pères qui nous l'ont livrée. »

Par deux fois, saint Basile, dans sa correspondance, revient sur la défense de mariage avec une belle-sœur et nous fait constater l'identité des principes propres au droit mosaïque et de la coutume chrétienne : d'abord dans une première lettre à Diodore de Tarse, puis dans une seconde à Amphiloque d'Iconium.

La lettre à Diodore² fut écrite dans des circonstances particulières. C'est moins contre Diodore lui-même, que contre un écrit qui circulait sous son nom, que se dresse l'argumentation de l'évêque de Césarée. L'auteur anonyme voulait justifier, par le texte du Lévitique³, les

1. Lettre à Diodore : « πρῶτον μὲν οὖν, ὃ μέγιστον ἐπὶ τῶν τριούτων ἐστὶ, τὸ παρ' ἡμῶν ἔθος, ὃ ἔχομεν προβάλλειν, νόμου δύνανται ἔχον, διὰ τὸ ὑφ' ἁγίων ἀνδρῶν τοὺς θεσμούς ἡμῖν παραδοθῆναι. » P. G. t. 32, col. 624.

2. Cette lettre représente le 87^e canon de Basile. Elle est longuement étudiée et commentée dans les recueils de l'Eglise orthodoxe à cause de la méthode exégétique qu'elle représente. Cf. N. MILASH, *Pravila Pravoslavnoi Tserkoi Nicodema*, Saint-Petersbourg, 1912. BEVERIDGE, *Pandectae canonum*, II, p. 225.

3. Dans sa lettre à Diodore, Basile dit en parlant de sa doctrine : καθ' ἡμῶν... κεκωλυκότων τὸ ἐξ ἀρχῆς. » P. G., t. XXXII, col. 624. On n'a pu retrouver la première défense faite par Basile. Mais est-il certain qu'il y en eut une ? L'expression ἐξ ἀρχῆς peut viser une doctrine traditionnelle, sans impliquer l'idée d'une intervention personnelle de Basile. VACANT et MANGENOT, *Dictionnaire de Théologie catholique*, t. VII, col. 1546, v^o *inceste*, interprètent le mot comme visant une première intervention de l'évêque de Césarée.

mariages entre beaux-frères et belles-sœurs. Basile invoque contre lui ⁴ la coutume de l'Eglise, et écarte de la communion les chrétiens qui s'unissent entre parents, aussi longtemps qu'ils ne se sont pas séparés, conformément à la tradition juive, dont nous avons plus haut rapporté les détails ⁵. Le deuxième argument de Basile repose l'étude du texte du Lévitique que l'auteur de la lettre invoque contre la tradition chrétienne. Ce texte dit : « Tu ne prendras pas la sœur de ta femme pour lui en faire une rivale en découvrant sa nudité avec celle de ta femme, de son vivant ⁶ », et semble se prêter à l'argumentation que l'adversaire veut en tirer. Mais, observe Basile, la Bible s'adresse à ceux qui sont soumis aux règles du judaïsme, sinon les préceptes relatifs à la circoncision, au sabbat, à l'abstinence de certains aliments, devraient être imposés également aux chrétiens ⁷. Or, les chrétiens n'admettent pas ces préceptes; il ne convient donc pas d'utiliser la loi quand elle se révèle avantageuse, et de la rejeter dans les autres cas ⁸.

En troisième lieu, Basile répond *ad hominem*. L'écrit qu'il poursuit raisonne de la façon suivante : Le Lévitique dit bien qu'il est défendu d'épouser sa belle-sœur, mais ajoute une restriction « du vivant de sa femme »;

4. Basile demande d'abord à Diodore de Tarse de contredire par écrit la lettre qui circule sous son nom afin que, combattue par deux mains différentes, elle ne soit plus susceptible de nuire aux lecteurs. Cette lettre de Diodore, si elle fut écrite, ne nous a pas été conservée.

5. P. G. *Eod. loco* : « Τοῦτο (ἔθος) δὲ τοιοῦτον ἐστὶ· ἐάν τις, παθεὶ ἀκαθαρσίας ποτὲ κρατηθεὶς, ἐκπέσῃ πρὸς θυεῖν ἀδελφῶν ἄθεσμον κοινωνίαν, μητὲ γάμον ἡγείσθαι τοῦτον μηθ' ὅλως εἰς Ἐκκλησίας πλήρωμα παραδίχῃσται, πρῶτον ἢ διαλύσαι αὐτοὺς ἀπ' ἀλλήλων. » La notion de nullité de mariage est très nette dans ce texte. Il n'y a pas de mariage, c'est la première peine que signale Basile. Nous retrouverons le développement parallèle de cette idée quand nous étudierons les empêchements de mariage en Droit romain.

6. *Lévitique*, XVIII, 15.

7. P. G. *Eod. loco* : « ὅτι ὅσα ὁ νόμος λέγει, τοῖς ἐν τῷ νόμῳ λαλεῖ. »

8. P. G. *Eod. loco* : « Οὐ γὰρ δὴ, ἐάν μὲν τι εὖρωμεν συντρέχον ἡμῶν ταῖς ἡδοναῖς, τῷ ζῴῳ τῆς δουλείας τοῦ νόμου ἐαυτοὺς ὑποθήσομεν ἐάν δέ τι φανῇ βάρυ τῶν νομίμων, τότε πρὸς τὴν ἐν Χριστῷ ἐλευθερίαν ἀποδραμούμεθα. »

la défense est celle de bigamie et disparaît à la mort de l'épouse. Pour tourner en dérision ce raisonnement, Basile en exagère les conséquences. Le texte du Lévitique, écrit-il, dit, non seulement « de son vivant », mais aussi « pour en faire une rivale ». En raisonnant à la manière du pseudo-Diodore, on pourrait en conclure qu'il est permis d'avoir les deux sœurs comme femmes si la seconde n'est pas une rivale de l'épouse; ce qui est incontestablement faux.

Saint Basile, qui sent, malgré tout, le poids de l'argumentation adverse, s'efforce d'annihiler les textes du Lévitique. La prohibition juive, dont fait état la lettre de Diodore, dit-il, fut publiée à l'époque où finissait la captivité d'Egypte, avant l'entrée au pays de Chanaan⁹. Moïse a voulu viser seulement les fautes auxquelles le peuple juif allait se trouver en butte, et non pas faire l'énumération de tous les attentats qui peuvent se commettre contre la chasteté du mariage. Il n'y a rien d'étonnant qu'il ait défendu le pire, sans s'arrêter aux cas de moindre gravité¹⁰, et nous devons nous attacher, moins à la lettre de l'Ecriture qu'à son esprit. Ainsi, la défense faite au père et au fils d'avoir une même femme, cas, lui aussi, spécifiquement juif, n'est pas écrite; elle n'en est pas moins manifeste¹¹. Le démon a imaginé bien d'autres impuretés que l'Ecriture ne rapporte pas, pour ne pas souiller sa parole¹².

Le principe de la loi est le suivant : « Aucun de vous ne s'approchera d'une femme qui est sa proche parente

9. P. G. *Eod. loco* : « κατὰ τὰ ἐπιτηδεύματα τῆς Αἰγυπτου ἐν ἣ παρωκῆσατε ἐπ' αὐτῆς οὐ ποιήσετε· καὶ κατὰ τὰ ἐπιτηδεύματα γῆς Χανααν, εἰς ἣν ἐγὼ εἰσαῶ ὑμᾶς ἐκεῖ οὐ ποιήσετε, καὶ ἐν τοῖς νομίμοις αὐτῶν οὐ πορεύσεσθε. »

10. P. G. *Eod. loco* : « πῶς οὖν τὸ μείζον ἀπαγορεύσας τὸ ἑλάττον ἐσιώπησεν. »

11. P. G. *Eod. loco* : « Ἡμᾶς δὲ τί χρὴ ποιεῖν; τὰ γεγραμμένα λέγειν, ἢ τὰ σωπῆθεντα προσεξεργάζεσθαι. »

12. *Ephes.*, V, 3 : « Πορνεία δὲ καὶ ἀκαθαρσία πᾶσα... μὴ δὲ ὀνομαζέσθω ἐν ὑμῖν, καθὼς πρέπει ἁγίοις, καὶ ἀισχυρίοτης καὶ μωρολογίας ἢ εὐτραπέλεια, & οὐκ ἀνήκεν, ἀλλὰ μᾶλλον εὐχαριστία. »

pour découvrir sa nudité; je suis Yaweh¹³. » Là est l'esprit de la règle. La femme est la chair de son mari; ni sa mère, ni sa fille ne peuvent, en quelque cas que ce soit, devenir femme légitime de cet homme, pas plus d'ailleurs que sa sœur¹⁴. A quelle confusion, en effet, n'arriverait-on pas, sans cette loi ? Les enfants de ce second mariage seraient-ils les frères ou les cousins des enfants du premier ? L'*amita* serait-elle *noverca* ou *mater* ?

La conclusion de toute la discussion est simple. Voulez-vous vous marier, dit Basile, la terre entière vous est ouverte, vous pouvez où il vous plaît, choisir une épouse. Ne vous laissez pas entraîner par la passion.

Seule, la tradition juive transposée dans la coutume chrétienne peut justifier l'application que saint Basile met à réfuter son adversaire; les règles auxquelles il fait allusion ne sont écrites nulle part ailleurs.

Saint Basile devrait revenir une fois encore sur la question, dans sa lettre à Amphiloque¹⁵, dite seconde lettre canonique, il écrivit :

« Celui qui épouse les deux sœurs, ou celle qui épouse les deux frères restent soumis à la lettre que j'ai envoyée à Diodore. Celui qui épouse la femme de son frère ne peut

13. *Lévitique*, XVIII, 6.

14. P. G. *Eod. loco* : « Τί γάρ ἂν γένοιτο οἰκειότερον ἀνδρὶ τῆς ἑαυτοῦ γυναικὸς, μᾶλλον δὲ τῆς ἑαυτοῦ σαρκὸς; οὐ γάρ ἐτι εἰσι δύο, ἀλλὰ σὰρξ μία κ. τ. λ. » Il y a dans la lettre de Basile un rappel au principe de l'unité de chair, qui joue dans les trois cas, d'une parenté directe ascendante et descendante et aussi par déduction, d'une parenté collatérale.

15. Cette lettre a été reprise dans les collections comme canon.

Canon 23 de saint Basile : « Σύνταγμα τῶν θεῶν καὶ ἱερῶν κανόνων τῶν τε ἀγίων καὶ πανευφύμων Ἀποστόλων καὶ τῶν ἱερῶν οἰκουμενικῶν Συνόδων καὶ τῶν κατὰ μέρος ἀγίων πατέρων, ἐκδοθὲν σὺν πλείοσιν ἄλλοις τὴν ἐκκλησιαστικὴν κατὰστασιν διαπούσαις διατάξεσι, μετὰ τῶν ἀρχαίων ἐξηγητῶν καὶ διαφύρων ἀναγνωσμάτων ἀπὸ Γ. Α. Ῥάλλη καὶ Μ. πότλη, ἐγκρίσει τῆς Ἀγίας καὶ Μεγάλης τοῦ Χριστοῦ ἐκκλησίας καὶ τῆς Ἱερᾶς Συνόδου τῆς ἐκκλησίας τῆς Ἑλλάδος », t. IV, p. 154. L'ἐπιστολίδιον dont parle Basile dans ce canon 23, est, sans doute, la lettre à Diodore que nous avons étudiée précédemment.

être admis à la communion tant qu'il n'a pas quitté cette épouse ¹⁶. »

Après saint Basile, Timothée d'Alexandrie, interrogé par des évêques et des prêtres, sur la validité du mariage contracté avec la sœur de son épouse, répondit qu'il y avait là un mariage contraire à la loi, et que le prêtre qui prenait part à la cérémonie de cette union commettait une faute, en méconnaissant le principe de l'*unitas carnis* ¹⁷.

Parmi les règles de la tradition juive qu'il invoque, saint Basile insiste surtout sur l'empêchement de mariage avec la belle-sœur. C'est le cas qui, en pratique, se révèle particulièrement important à cette époque. Nous le verrons en étudiant les premiers textes conciliaires.

B. Le concile d'Elvire.

Le premier en date des conciles qui statuèrent sur les empêchements de parenté et d'affinité est le concile

16. Canon 23 : « περί δὲ τῶν δύο ἀδελφᾶς γαμούντων ἡ ἀδελφοῖς δυοὶ γαμουμένον, ἐπιστολίδιον ἡμῖν ἐκπεφώνηται, οὗ τὸ ἀντίγραφον ἀνεστείλαμέν σου τῇ εὐλαβείᾳ. Ὁ δὲ ἀδελφοῦ ἰδίου γυναῖκα λαβὼν οὐ πρότερον δέχθεσεται πρὶν ἀποστῆναι αὐτῆς » *Συντάγμα*, t. IV, 337. P. G. t. XXXII, col. 724. Ce texte est postérieur au canon 2 de Néocésarée dont nous parlerons bientôt. Le concile n'est pas cité par Basile le Grand, mais les décisions lui semblent connues. Il semble même les généraliser. Nous verrons plus tard que cette décision de Basile n'a pas toujours été admise, mais a fait, au contraire, l'objet de discussions dont la correspondance de saint Avit nous donnera un écho. Nous croyons que des questions difficiles se cachent sous les canons du concile de Néocésarée, qui mériteraient d'être étudiées très soigneusement.

17. Ερώτησις: ἂν τις καλέσῃ κληρικὸν εἰς τὸ ξεῦραι γάμον, ἀκούσῃ δὲ τὸν γαμὸν παράνομον, ἢ θειογαμίαν ἢ γοῦν ἀδελφὴν τελευτησάτης γυναίκος τὴν μέλλουσαν ζεύγνυσθαι, εἰ ὀφείλει ἀκολουθῆσαι ὁ κληρικὸς, ἢ προσφορὰν ποιῆσαι.

Ἀπόκρισις: Ἄπαξ εἴπατε, ἂν ἀκούσῃ ὁ κληρικὸς τὸν γάμον παράνομον· εἰ οὖν ὁ γάμος παράνομός ἐστιν, οὐκ ὀφείλει ὁ κληρικὸς κοινωνεῖν ἀμαρτίαις ἁλλοτρίαις », *Συντάγμα*, t. IV, p. 337. Cf. J. ZHISHMANN, *Das Eherecht im Morgenland*, 1864 p. 232 et 314. On cite à côté des canons de Timothée, le 5^e canon de Théophile d'Alexandrie, mort en 412, qui vise le cas de celui qui, avant son baptême aurait épousé sa nièce, qui devient diacre et ne peut garder son office ecclésiastique, que s'il répudie sa femme. *Συντ.* IV, 345. Mais c'est là une tout autre question qui doit être étudiée avec le canon 19 des Apôtres et qui est apparemment d'origine juive.

d'Elvire¹⁸, qui se tint vers l'année 300¹⁹. Toutes les observations que l'on a pu faire contre l'authenticité de ses canons²⁰ n'ont pas réussi à détourner le courant de l'opinion savante qui veut y voir le tableau de « l'état moral de la société chrétienne à la veille des dernières persécutions », selon les expressions de Mgr Duchesne²¹.

Le but général du concile était la fixation du traitement à imposer au *lapsi* et le rappel des règles de la morale chrétienne que l'on veut opposer aux envahissements du paganisme²². C'est à ce point de vue que nous devons nous placer pour comprendre le canon 61 relatif à l'empêchement d'affinité collatérale.

« Si quelqu'un, à la mort de son épouse, contracte mariage avec sa propre belle-sœur fidèle, qu'il s'abstienne de la communion pendant cinq ans, à moins que la maladie

18. Cf. la bibliographie relative au concile dans HEFELE-LECLERCQ, *Histoire des conciles*, t. I, partie I, p. 215. Les textes les plus importants sont dans MANSI, *Con ampl. coll.*, t. II, col. 407 : on y trouvera aussi le commentaire de G. DE MENDOZA. Le texte reconnu généralement comme le meilleur est celui de F. LAUCHERT, *Die kanones des wichtigsten altkirchlichen Concilien*, 1896, pp. 13-26, 192 et suiv.

19. A. HARNACK, *Geschichte der altchristliche Litteratur*, 1904, t. II, p. 452, est moins formel. Il admet une date entre 295 et 302. HEFELE-LECLERCQ, t. I, 1 p., p. 217, place le concile entre 303 et 305, après la persécution de Dioclétien et de Maximien. DALE, *The Synode of Elvira*, 1882.

20. S. BERARDI, *Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti*, 1777, Pars prima, cap. II, De Eliberitano concilio. Après avoir soupçonné l'authenticité des canons 36 et 34 où l'auteur reconnaît des influences iconoclastes et novatiennes, il ajoute un argument qu'il considère comme définitif contre l'authenticité du concile : « *Illud maximum est quod ex perpetuo veterum omnium silentio deducitur* ». Les anciennes collections n'ont pas inséré ce texte, ni Denys le Petit, ni Ferrand, qui, cependant, auraient dû normalement le faire; ni Martin de Braga, ni Cresconius. Les canons n'apparaissent, à vrai dire, qu'à la fin du VII^e siècle et se retrouvent chez Burchard, Yves et Gratien : Dist. 50, can. 5, can. 43, etc. Cf. F. MAASSEN, *Geschichte der Quellen und der litteratur des canonischen Rechts im Abendlande bis zum Ausgange des Mittelalters*, 1870, p. 216, qui ne semble pas touché par les remarques de Berardi.

21. *Histoire ancienne de l'Eglise*, t. I, p. 522 et suiv.

22. C'est le cas visé par le premier canon : « *Placuit inter eos, qui post fidem baptismi salutaris adulta aetate ad templum idoli idola trahturus acciserit et fecerit quod est crimen capitale, quia est summi sceleris placuit nec in finem eum communionem accipere* ». Texte de F. LAUCHERT, *op. cit.*, p. 13, commentaire dans HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, p. 221; maintes interprétations du mot communion ont été données, à propos de ce canon.

ne contraigne le prêtre à lui rendre plus rapidement la paix ²³. »

Le texte ne présenterait aucune difficulté d'interprétation, n'étaient les mots : « demeurée fidèle », dont on a beaucoup discuté.

Le cas envisagé par le concile est le suivant. Un homme a perdu sa femme dans la persécution et épouse ensuite sa belle-sœur qui a survécu, sans renier sa foi. N'y a-t-il pas lieu de statuer sur ce cas avec bienveillance ? Le concile inclinait vers l'affirmative, en ne punissant la faute que d'une excommunication temporaire de cinq ans, alors que la peine applicable aux unions incestueuses était une excommunication définitive. Le canon 66 du même concile énonce, en effet, à propos d'un cas d'affinité en ligne directe, la sanction propre de l'inceste.

« Si un homme épouse sa belle-fille, la fille de sa femme née d'un précédent mariage, parce qu'il est incestueux, cet homme ne pourra recevoir la communion jusqu'à la fin ²⁴. »

Nous sommes donc fondés à dire que le canon 61 représente une faveur, dont la condition de « fidélité » pendant la persécution est la justification. Normalement le mariage était interdit. Un tel empêchement ne se trouve pas dans le Droit romain et semble spécifiquement canonique.

23. « Si quis post obitum uxoris suae, sororem eius duxerit et ipsa fuerit fidelis, quinquenium a communione placuit abstineri, nisi forte velocius duri pacem necessitas coegerit infirmitatis. » F. LAUCHERT, *op. cit.*, p. 23. Le commentateur d'HEFELE-LECLERCQ (*op. cit.*, t. I, p. 256) sur ce canon est faux. Il parle de saint Basile qui n'a rien à voir avec le concile. J. FREISEN, *Geschichte des Canonischen Eherechts*, 1893, p. 441, ne consacre que deux lignes à ce texte qui nous paraît mériter plus d'attention.

24. « Si quis privignam suam duxerit uxorem, eo quod sit incestus, placuit nec in finem dandam esse communionem », éd. de F. LAUCHERT, p. 23. Cette privation de la communion pendant cinq ans représente une peine assez peu fréquente dans le Droit canonique. C'est la formule *nec in finem dandam esse communionem*. C'est une formule fréquemment répétée dans le concile sur laquelle depuis DUGUET, *Conférences ecclésiastiques ou dissertations sur les auteurs, les conciles et la discipline des premiers siècles de l'Eglise*, 1742, t. I, p. 291, s'affrontent les théories des canonistes.

Nous serions même tenté de penser, dans les circonstances présentes, qu'il est l'aspect original de la législation de l'Eglise des premiers siècles en matière de mariage. Le Droit romain et la coutume défendaient suffisamment les mariages entre parents consanguins ; la pratique devait révéler que, seule, l'affinité méritait d'être citée comme un empêchement de mariage, dans un texte canonique. C'est ce que montre le concile de Néocésarée tenu quelques années après le concile d'Elvire.

C. Le concile de Néocésarée.

Au canon 2 du concile de Néocésarée²⁵, on lit :

« Si une femme épouse les deux frères, elle sera excommuniée jusqu'à sa mort. Mais si la femme, au moment de mourir, promet de rompre cette union et vient à recouvrer la santé, on lui accordera la pénitence. Dans le cas contraire, si elle ou son mari venait à mourir sans avoir fait cette promesse, on n'accorderait que difficilement la pénitence au survivant²⁶. »

Mis en regard du concile d'Elvire, ce texte suggère quelques remarques sur le cas et la sanction. Nous devons nous y arrêter.

25. C'est un des textes les plus importants de toute l'histoire canonique de l'empêchement de mariage entre alliés ou consanguins. On le retrouve dans toutes les collections canoniques, et la peine qui avait été édictée contre les seuls alliés s'est vue appliquée à tous les incestueux. Le texte que nous donnons est celui de F. LAUCHERT, *op. cit.* Il y a lieu de distinguer entre le texte lui-même et les diverses traductions latines de Denys et des Fausses Décrétales. Cf. MANSI, *op. cit.*, t. II, col. 539 et suiv.

26. Γυνή εάν γήμηται δυο αδελφοῖς ἐξωθείσθω μέχρι θανάτου πλην ἐν τῷ θανάτῳ, διὰ τὴν φιλανθρωπίαν εἰπούσα ὡς ὑγιάνασα λύσει τὸν γάμον ἐξεί τὴν μετάνοιαν. Ἐάν δε τελευταίῃσῃ ἡ γυνή ἐν τοιοῦτῳ οὕσα ᾗτοι ὁ ἀνὴρ δυσχερὴς τῷ μέλειντι ἢ μετάνοια ». La traduction que nous donnons est un peu différente de celle de Gentien Hervet, et de celle d'Hefele-Leclercq, qui ne fait que reproduire la précédente. L'expression : *sera rigoureuse*, employée par certains auteurs laisse entendre qu'il s'agit d'une peine perpétuelle, ce que le texte ne dit pas, employant l'expression *δυσχερὴς*, qui fait entrevoir un pouvoir d'appréciation de la part du prêtre, dans des cas particulièrement intéressants. Cf. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. I, p. 328.

Le cas visé est inverse de celui du canon 61 du concile d'Elvire. Il ne s'agit pas d'un homme qui épouse les deux sœurs, mais d'une femme qui épouse successivement les deux frères. Cette hypothèse est très différente de la précédente. Elle rappelle une pratique spéciale de l'ancien Droit mosaïque, le *lévirat* ²⁷.

Le *lévirat* était l'obligation imposée à un homme d'épouser la femme de son frère mort sans laisser d'héritier ²⁸. La tradition en remontait au Deutéronome ²⁹. Mais, du jour de son admission dans les Ecritures, son histoire fut celle d'une perpétuelle régression. On peut suivre les limitations qui furent imposées au *lévirat*, au livre de Ruth et au Livre des Nombres. La Thora des prêtres s'appliqua à restreindre les usages qui répugnaient à l'esprit du Yawisme et fit pour le *lévirat* ce qu'elle fit pour la vengeance du sang et pour les institutions du culte des ancêtres ³⁰. Aussi les Juifs ne considéraient pas le *lévirat* comme une institution parfaite. On peut lire dans la Mischna qu'un prêtre qui deviendrait l'époux de sa belle-sœur veuve ne pourrait plus conserver son sacerdoce. Le texte même est si précis, qu'on ne peut se retenir de songer au canon 19 des Apô-

27. Nous n'avons pas rappelé au chapitre du Droit mosaïque, la question du *lévirat* pour mieux en montrer ici les effets. Le *lévirat* représentait dans les milieux païens, une institution presque exclusivement juive, il fallait s'attendre à la voir répudier dans un milieu pour lequel le judaïsme n'était plus que le souvenir de quelques formules devenues traditionnelles. Il ne faudrait cependant pas croire qu'elle fût propre aux seuls juifs. Diodore de Sicile mentionne le *lévirat* comme une coutume des anciens peuples de l'Italie, XII-18. Les Arabes, les Indiens, les Perses, les Mongols, les Ethiopiens, les Druses, les Gallois d'Abyssinie, les Caucasiens l'ont pratiquée. Cf. A. H. Post, *Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts*, 1889, p. 248.

28. La question du *lévirat* dans le Droit juif est très complexe. Les hypothèses et les conséquences diverses qu'on a tirées pour les rapports juridiques entre beaux-frères ont beaucoup compliqué la question.

29. A. LODS, *Israël* 1930.

30. A. LODS, *Le culte des ancêtres*, Thèse.

tres³¹ qui prévoit la déposition d'un clerc chrétien qui aurait épousé sa belle-sœur.

L'Evangile n'avait pas précisément prononcé la condamnation du *lévirat*³². Ce fut l'œuvre du canon 2 du concile de Néocésarée. Il n'est pas permis à une femme d'épouser les deux frères, elle ne peut jamais tirer argument de la loi du *lévirat* pour justifier un mariage, là où le concile de Néocésarée ne veut voir qu'un inceste. Le souvenir du principe juif de la défense de mariage avec la belle-sœur, joint à la prohibition du *lévirat*, est le fondement de la règle canonique des empêchements de mariages entre collatéraux alliés³³.

La sanction du concile de Néocésarée défendant le mariage d'une même femme avec les deux frères est la même que celle du concile d'Elvire défendant le mariage avec les deux sœurs : c'est l'excommunication.

Le canon 2 de Néocésarée ne s'en tient pas là. Dans sa dernière partie, il prévoit le sort qu'il faut faire à l'époux dont le conjoint est mort sans le repentir de

31. Canon XIX des Apôtres. J.-B. PITRA, *Juris ecclesiastici Graecorum-historia et Monumenta*, t. I, 1864, p. 43. Ce canon, faussement mis en rapport par S. DREY (*Neue untersuchungen über die konstitutionen und kanones der Aposteln*, 1832, avec le canon 2 du concile de Néocésarée, prouve que d'abord le *lévirat* ne fut interdit qu'aux prêtres, les chrétiens pouvaient encore y recourir. Dans la suite seulement, un sentiment de réprobation générale a abouti à une dépense générale. Ce canon ne peut représenter à notre avis, qu'une tradition d'origine juive dans l'Eglise chrétienne, tradition bien antérieure à Néocésarée. Cf. MOÏSE SCHWACH, *Traduction du Talmud de Jérusalem*, tome VII, p. 149. C'est l'interprétation traditionnelle de l'Eglise orthodoxe. Cf. N. MILASH, II, p. 27.

32. Les Sadducéens qui niaient la résurrection de la chair, questionnèrent, un jour le Christ sur le sort de la femme qui aurait épousé successivement les sept frères. A la résurrection de qui sera-t-elle la femme ? A la résurrection, répond le Christ, il n'y aura ni mari ni femme, Matthieu, XXII, 23-27 ; Marc, XII, 18-23 ; Luc, XX, 27-32, ce qui n'était pas une condamnation formelle de l'institution. Il fallait donc admettre que le Christ la laissait survivre et dans ce cas, selon la règle générale, la Bible était considérée comme la loi même des chrétiens.

33. P. HINSCHIUS, *Décrétales pseudo-isodorianae*, 1873, p. 263. Il y avait là, à l'époque du Faux-Isidore, une véritable tradition d'origine orientale. J. B. PITRA, *Analecta Spicilegio Solesmensi parata*, 1883, t. IV, p. 449-451 ; N. MILASH, *op. cit.*, t. II, p. 27.

son union coupable ou du moins, sans la promesse d'une séparation. Le cas est curieux ; on peut penser que, la contrition manifestée par le survivant n'était peut-être pas sincère et qu'il n'aurait peut-être pas renoncé au mariage si son conjoint eût survécu. On laisse au prêtre le soin d'apprécier, *δύσ/εργης*, s'il y a lieu d'accorder la réconciliation.

D. Décrétale de Sirice

Une décrétale du Pape Sirice³⁴ écrite à la fin du v^e siècle précise encore le refus de l'Eglise d'admettre le *lévirat*.

Des chrétiens de Gaule avaient relevé les textes bibliques où l'on pouvait entrevoir une justification du *lévirat*. Ils invoquaient la parole de Jean-Baptiste reprochant à Hérode son mariage avec la femme de son frère, et insistaient sur ce fait qu'elle avait eu des enfants de son premier mari³⁵. Ils concluaient que, dans le cas inverse, s'il n'y avait pas eu d'enfants du premier lit, les reproches n'eussent pas été fondés, et que le *lévirat* était passé dans la loi nouvelle.

Au chapitre XII de la réponse rédigée à Rome, le Pape écrivit : Dans l'ancienne loi, il était permis d'épouser successivement les deux frères, non les deux sœurs. Si Jacob a épousé les deux sœurs, Lia et Rachel, c'est par une permission spéciale de Dieu *causa mysterii*. Pour une *raison mystérieuse* aussi, mais d'un ordre tout dif-

34. MANSI, *Conc. ampl. Coll.*, t. III, col. 1019-1133 et suiv. DOM CONSTANT, *Epistolae Romanorum Pontificum*, 1771. col. 686 et suiv. Cf. E. CH. BARUT, *La plus ancienne décrétale*, 1904; J. TURMEL, *Revue du clergé français*, 1907, p. 538. H. GETZENY, *Stil und Form der ältesten Papstbriefe*, 1922.

35. Le raisonnement tend à montrer que le Christ n'a pas abrogé le *lévirat*. Quand Jean-Baptiste dit à Hérode, Matthieu, 14, 4 : « οὐκ ἐξέστιν σοὶ ἔχειν αὐτήν », il ne lui fait pas reproche d'épouser Hérodiade parce qu'elle est sa parente, mais parce que son premier mari Philippe est encore en vie et qu'ils ont des enfants. Il vise l'adultère et non l'inceste.

fèrent, le mariage, même avec les deux frères, est aujourd'hui interdit ³⁶.

Dans cette même décrétale, le chapitre XIV ³⁷ ajoute un cas à ceux que nous connaissons déjà. C'est celui d'un neveu qui épouse sa tante. La défense est formelle. Sirice y ajoute un raisonnement juridique qui a l'avantage de nous indiquer une extension de la prohibition : « On ne peut épouser la fille de l'oncle, à plus forte raison, on ne peut épouser la femme de l'oncle qui, par affinité se trouve au même degré. » Si un tel mariage s'accomplit, il faut le rompre, ce qui est conforme aux règles romaines de la nullité. Remarquons qu'en 400 déjà, et à Rome, les règles canoniques relatives à l'affinité sont posées, et en tout point semblables à celles de la consanguinité, comme dans le Lévitique.

36. Can. XII. « De eo, qui sororem uxoris suæ duxerit uxorem, in lege veteris Testamenti scriptum est, ad suscitantum semen defuncti fratris oportere ducere uxorem, ita tamen, si liberos ex eadem minime reliquisset. Inde enim est quod Johannes-Baptista contradixit Herodi, quoniam non licebat ei accipere uxorem, quia de fratre reliquerat filios. Tamen propter virilem generationem legis constitutio imperabat hoc fieri a viro : de feminis nusquam est lectum, sed forte praesumptum. Nam lex dicit : Maledictus qui cum uxoris suæ sorore dormierit. Numquid duas habuit uxores Iacob, uno in tempore sorores causa mysterii et concubinas et omnes qui nati sunt, patriarchae sunt appellati, nunc jam Christianis habere non permittitur ? Numquid qui uxores et concubinas habuerunt ? Sed nunc hoc non patitur fieri Testamentum, ubi amplius de integritate tractatur et castitas Christo docente laudatur, cum dicit : Non omnes capiunt verbum Dei, sed quibus datur. » DOM COUSTANT, *op. cit.*, col. 694.

37. Can. XIV : « De eo qui avunculi uxorem duxerit Avunculi filiam ducere non licet, quoniam, similis causa gerendo per gradus patris extranei separatur atque purgatur : retro autem redire fas non est. Nam qui torum patris vel matris violare praesumpserit, non hoc conjugium sed fornicatio nominatur. Quisque tamen contra canones apostolicos facere usurpaverit, privandus est sacerdotio, si pertinax fuerit ; sin vero se correxerit, aboleatur quod praesumptum est, ut possit reconciliatus nostrum habere consortium. » DOM COUSTANT, *op. cit.*, col. 696.

CHAPITRE II.

LES ORIGINES CIVILES DE LA RÉPRESSION DE L'INCESTE. LE DROIT ROMAIN CLASSIQUE.

Le trait original de la législation théodosienne des empêchements de parenté est l'assimilation des idées chrétiennes par le Droit romain. Comme nous avons rappelé les premières décisions de l'Eglise, nous rappellerons brièvement les principes du Droit civil romain, pour montrer ensuite comment s'est opérée la fusion des principes religieux et des règles séculières.

L'histoire de la défense de mariage entre parents offre, en Droit romain, cette curieuse caractéristique, qu'on se retrouve, à l'époque de Justinien, après un grand nombre de variations et de justifications théoriques, exactement au point où en était la République romaine ¹.

A l'origine, la défense avait été rigoureuse. Plutarque en donnait comme raison des motifs d'ordre physiologique. Les mariages répétés entre personnes du même sang aboutissent, disait-il, à la dégénérescence de la race ².

1. La remarque est de P. BONFANTE, *Corso di diritto Romano*, t. I, p. 204.

2. PLUTARQUE, *Questiones Romanae*, 108. PLUTARQUE est notre principal informateur pour l'histoire la plus ancienne de la réglementation de l'inceste à Rome. Il revient à trois reprises différentes sur la question dans la *Vie de Marc-Aurèle* et dans les *Quaestiones romanae*, 6 et 101.

Justinien, au contraire, dans la Novelle XII, s'en tient au principe de l'ancienne pudeur latine ³.

L'empêchement de parenté fut surtout à cette époque d'ordre domestique ⁴. Le mariage s'accomplissait dans le cadre des *mores*, et c'est là que s'est élaborée une première règle, dont l'histoire postérieure ne fut qu'un perpétuel adoucissement. Dès l'époque des guerres puniques, en effet, Rome subit profondément l'influence des idées étrangères, et le *fas*, l'ensemble des règles religieuses auxquelles étaient soumis les rapports de famille, fut, chaque jour, plus relâché. Le mariage perdit son caractère, ses sanctions religieuses ⁵. On se maria plus librement entre parents.

On va vu là le triomphe de la *cognatio* sur l'*agnatio* ⁶, mais aucun texte ne nous permet de penser qu'il y ait eu à Rome une époque où l'on ait distingué les deux parentés, en matière d'empêchements. Le premier texte que nous possédions, texte de Q. M. Scevola, dit exactement le contraire : L'agnation et la cognation sont au

3. Novelle 12. Praef. et surtout Novelle 154.

4. P. BONFANTE, *op. cit.*, t. I, p. 204.

5. Cf. la const. de Dioclétien qui marque, pour une époque tardive mais significative, cette décadence régulière des caractères religieux du mariage. *Mosaïc. et Rom. leg. collat.*, 68, 4.

6. PIGANOL, *Les origines de Rome*, 1920, p. 156 et s. La thèse de Piganol consiste à rechercher dans le culte des morts, dans la religion, dans le Droit, dans les techniques industrielles, dans les règles de l'économie, toutes les dualités saisissables, tirées des observations des auteurs anciens et modernes. On conçoit le danger de cette exposition basée sur des hypothèses. En ce qui concerne exogamie et endogamie, rattachées respectivement à matriarcat et patriarcat, il suffit de remarquer : 1° Que les ethnologues n'ont pu prouver que ces deux formes d'organisation de la famille représentent des types d'organisation primitive. Kohler croit à l'antériorité du matriarcat; Hildebrand soutient l'antériorité du patriarcat; 2° exogamie et endogamie, apparemment contradictoires sous leur aspect théorique, ne le sont pas dans la réalité pratique. Les deux principes se traduisent, à Rome, par une double défense de mariages, entre parents proches, et personnes étrangères, double aspect de la règle qui détermine le groupe des parents avec qui le mariage est permis. Contre la thèse du matriarcat à Rome. cf. E. PAIS, *Histoire romaine*, 1926, p. 111.

même titre, des empêchements de mariage⁷. Aussi, sans rechercher plus avant la solution du problème dont un historien récent du Droit romain a déjà montré la difficulté⁸, nous nous bornerons à rappeler les points essentiels de la répression de l'inceste à Rome, en recherchant successivement :

L'étendue de la parenté empêchant le mariage ;

Les sanctions tant civiles que pénales dont la loi se servit pour assurer son application.

SECTION I. — LES EMPÊCHEMENTS DE PARENTÉ ET D'AFFINITÉ ET LEUR SANCTION EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE.

Les premiers témoignages sur la question sont éparés chez les auteurs littéraires. Nous ne connaissons pas de loi qui, à l'origine, ait posé des règles souveraines. L'incident du mariage de Publius Cloelius, que les Romains considéraient comme le plus ancien manquement à la coutume, en fait foi⁹. Entre les années 513 et 535, U. C. Cloelius aurait épousé une parente dans les sept premiers degrés¹⁰. Des textes analogues ne nous manquent pas, pour la suite des incidents de l'histoire de l'empêchement de parenté, à Rome, jusqu'à la fin de la République. Une série d'anecdotes rapportées par les auteurs

7. P. BONFANTE, *op. cit.*, p. 183. Le texte de SCEVOLA est au *Dig.* XXIII, 2, 53. L'étendue de la *cognatio* est définie par le droit du baiser que les femmes donnent à leur proche parent quand elles le rencontrent. POLYBE, dans *Athénée*, X, p. 440 et suiv. nous apprend que ce droit s'étend jusqu'aux *sobrini*, les cousins au sixième degré; PLIN L'ANCIEN, *Hist. Nat.*, XIV, 90, rappelant un trait des annales de Fabius Dictor, nous donne l'origine de cette coutume, AULU-GELLE, *Noûs attiques*, X, 23. Ce texte avait permis à MOMMSEN, *Hermes*, t. 4, p. 374, 1870, à propos du Livre XX de Tite-Live découvert par P. KRUGER, de définir l'étendue ancienne de la prohibition.

8. P. HUVELIN, *Cours élémentaire de Droit romain*, t. I, p. 249.

9. TITE-LIVE, livre XX, fr. publiés dans l'*Hermes*, t. 4, p. 372, 1870.

10. Cf. E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., p. 161. « P. Celius patricius primus adversus veterem morem intra septimum cognationis gradum uxorem duxit »; c'est aussi l'époque où l'on place le premier divorce à Rome, remarque MOMMSEN dans *Hermes*, *op. cit.*, t. 4, p. 374, n. 4.

littéraires nous montre qu'à l'époque de Cicéron, le groupe des parents avec qui le mariage était impossible ne comportait plus les cousins germains¹¹. C'est ce que Tacite nous dit d'un mot : « *Et sobrinarum matrimonia diu ignorata tempore addito percrebuisse* »¹². Plutarque explique ce développement par une histoire dont on a peut-être abusé¹³. Un homme pauvre mais honnête, raconte-t-il, qui jouissait de la plus haute considération auprès du peuple, épousa sa cousine qui lui apportait une fortune considérable. Les parents de cette femme, voyant cette fortune leur échapper, voulaient refuser à la dote le caractère de *res uxoria*. Mais le peuple, devant qui l'affaire fut portée, ne voulut pas qu'on intruisît ce procès, et, non content d'acquitter les coupables, permit d'une façon générale les mariages entre cousins, en maintenant la défense de mariage pour les degrés supérieurs. On a conclu des propos de Plutarque et du mot ὁῦμος, qu'un plébiciste avait permis le mariage et avait créé un droit de dispense général¹⁴. Jusqu'à l'époque de la guerre punique, les unions entre cousins furent cependant assez peu nombreuses. Tite-Live rappelle le cas de Spurius Ligustinus qui, pour prouver son honnêteté, déclare qu'il épousa la fille de son oncle, sur les conseils de son père¹⁵. Cicéron, celui de Cluentius Avi-

11. A. ROSSRACH, *Untersuchungen über die römische Ehe*, 1853, p. 430, rapporte de nombreux témoignages. *Le mariage de Brulus*, PLUTARQUE, *Brulus*, 13. *Le mariage de Marc-Antoine*, PLUTARQUE, *Antoine*, 9.

12. TACITE, *Annales*, XII, 6; E. CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 60, n. 3, remarque que l'étendue des empêchements reposant sur des habitudes de vie des anciens Romains, il est logique de supposer une modification dans les empêchements, le jour où ces habitudes se modifient.

13. PLUTARQUE, *Quest. Rom.*, 6.

14. Un texte de TITE-LIVE (XXXIX, 19) et un autre texte de PLUTARQUE (*Marc-Antoine*, 21) soutiendraient ce point de vue. Le premier vise la récompense qui fut accordée à Fecennia Hispala pour la dénonciation des bacchanales : affranchie, elle fut autorisée par le peuple à contracter mariage avec un *ingenuus*.

15. TITE-LIVE, XLII, 34 : « Quum primum in aetatem veni, pater mihi uxorem fratris sui filiam dedit. »

tus¹⁶ ; bien d'autres cas encore nous sont connus qu'il est inutile d'énumérer. Venons-en à la systématisation du Droit classique.

Elle ne se fit pas d'une seule haleine. Auguste, tout d'abord, voulut restaurer dans le Droit, le vieux sentiment romain du mariage. Il n'obtint guère d'autre résultat que d'écarter la juridiction des pontifes, en n'admettant que dans une mesure restreinte, les empêchements qu'ils avaient consacrés¹⁷.

A. La consanguinité.

Voici les principes auxquels on s'en tint et qui font la base du Droit classique, pour l'empêchement de consanguinité, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale.

En ligne directe. — En ligne directe, le mariage fut toujours prohibé. C'est le principe énoncé par Gaius¹⁸. Il n'y a pas de mariage possible entre parents et enfants, à l'infini : entre un père et sa fille, entre une mère et son fils, entre un grand-père et sa petite-fille, etc. Il est inutile de continuer la série des parents entre qui le mariage est prohibé¹⁹.

En ligne collatérale. — L'étude de la prohibition, en ligne collatérale, demande plus de développement. Nous

16. CICERON, *Pro Cluentio*, 5 (Cluentius Avitus) : « Quum esset mortuus Sulla et Pompeia consulibus, reliquit... filiam, quae brevi tempore post patris mortem nupsit A. Aurelio Melino, consobрино suo... quum essent nuptiae plenae dignitatis. »

17. E. CUGO, *op. cit.*, t. I, p. 89.

18. *Inst.* GAIUS, l. 59. « Inter eas enim personas, quae parentum liberorumque locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, uelut inter patrem et filiam uel inter matrem et filium uel inter auum et neptem « uel inter auam et nepotem » (KNIER, *Gaii institutionum commentarius primus*, Text mit Worwort, Erklärung und Anhängen, Iena, 1911, p. 24) et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. » *Dig.*, 23, 2, 53. *Inst.* de JUST., 1, 10, § 1, ajoute après la liste : « et usque ad infinitum ». ULPYEN, 5, 6 : « Inter parentes et liberos infinite cuiuscumque gradus conubium non est ». *Collat.* 6, 3, 1.

19. *Collat.* 1, 1 : « Duci proneptem aetatis ratio prohibet. »

rencontrons, en effet, la défense qui, dans l'histoire de l'empêchement, joue le rôle le plus important, celle des mariages entre cousins ²⁰.

Le mariage est défendu entre frère et sœur, qu'ils soient nés de même père et de même mère, ou qu'ils ne soient qu'utérins ou consanguins ²¹.

Les mariages entre frères et sœurs d'ascendants ou de descendants sont presque inconnus du Droit romain. Les cas prévus sont les suivants : Le mariage de l'oncle paternel avec la fille du frère, de l'oncle maternel avec la fille de la sœur, de la tante paternelle avec le fils du frère, de la tante maternelle avec le fils de la sœur. Et l'on continue ainsi de degré en degré. La prohibition est alors motivée par ce fait que les oncles et les tantes sont *parentum loco* ²². En un mot, le mariage était prohibé en ligne collatérale, jusqu'au quatrième degré, non compris, selon la computation que nous avons expliquée plus haut. On permettait les mariages entre cousins germains.

Cette législation, qui nous paraît aujourd'hui assez sage, subit cependant une dérogation fameuse, au temps de l'Empereur Claude ²³. Elle fut obtenue du Sénat, en l'année 49 après Jésus-Christ, non sans quelque bruit. Les textes littéraires nous font connaître le sentiment de

20. *Inst.* de GAIUS, I, §61, répété aux *Inst.* de JUST., I, 10, 2 : « Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint sive ex alterutro eorum. »

21. *Inst.* de GAIUS, I, 62; *Inst.* de JUST., I, 10, 3.

22. Cette explication est de JUSTINIEN, *Int.*, I, 10, 5 et non de GAIUS. Cette justification qui fut toujours vraie en Droit romain, n'est cependant pas exprimée dans les textes purs. On peut peut-être soupçonner les textes de PAUL, *Digeste*, 23, 2, 29 : « Quoniam parentes loco ei sum. »

23. Ce fut la première, GAIUS, I, 62 : « Idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset. » ULPPIEN formule ainsi la réponse : « Olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant; nunc autem etiam ex tertio gradu licet uxorem ducere; sed tantum fratris filiam non etiam sororis filiam aut amitam aut materteram, quamvis eodem gradu sint. » *Règles*, V, 6.

défaveur publique qui s'exprima à l'annonce de la nouvelle loi ²⁴.

Claude voulait épouser la fille de Germanicus, son frère. Son projet, au regard de la loi, était incestueux : « *Nova nobis in fratrum filiam coniugia nullo exemplo* », dit Tacite. Le censeur Vitellius, après entente avec l'Empereur, s'était chargé d'obtenir l'adhésion du Sénat. Claude évitait ainsi la honte publique de proposer lui-même un sénatus-consulte, réprouvé par le peuple. L'opinion publique ne s'y trompa pas et condamna toujours de tels mariages ²⁵, à ce point que l'exemple de Claude ne trouva guère qu'un seul imitateur, dit Tacite, un certain chevalier du nom d'Alledius Severus ²⁶. Pour une époque postérieure, nous connaissons aussi le cas de Domitien qui épousa la fille de son frère Titus ²⁷.

Le Droit ancien, antérieur à Claude, aurait reparu, si on en croit Dion Cassius qui prête à Nerva l'abrogation de ce sénatus-consulte ²⁸. Mais, s'il est exact que Nerva promulgua à ce sujet une constitution, on doit penser qu'elle fut, à son tour, abrogée par les successeurs de ce prince, car la règle contraire prévalut dans les textes classiques, où la dérogation claudienne conserve sa validité et sa limitation. La défense de mariage entre la tante et le neveu y demeure entière, de même qu'entre

24. TACITE, *Ann.*, 12, 5, 7; SUTONE, *Claude*, 26, 39, 43; DION-CASSIUS, 68, 2-4.

25. TACITE, XII, 5 et suiv. : « Quim et incestum, ac si spernertur, ne in malum publicum erupperet, metuebatur »; SENEQUE, 141 : « Genitamque fratris, conjugem captus sibi toris nefandis flebili iunxit facie »; A. ROSSBACH, *op. cit.*, p. 427.

26. TACITE, *Ann.*, XII, 6.

27. J. GODEFROY, *Commentaires du Théodosien*, I, III, titre 12.

28. DION CASSIUS, 68, 2. Xiphilin rapporte également cette mesure d'après Dion. ROSSBACH observe que GODEFROY, en attribuant cette mesure à Nerva, interprète mal le mot « ἐξαδελφεῖδην » qui signifierait la fille de la sœur. Son raisonnement est le suivant : GAIUS, I, 62 dit : « Et haec ita principalibus constitutionibus significantur », or, il écrit après la mort de Nerva. Nerva ne peut donc être l'auteur de la dérogation. Il faudrait attribuer la constitution visée, à Dioclétien et à Maximien.

29. GAIUS, I, 62 : *Insi.* de JUST., I. 10. 5.

l'oncle maternel, *avunculus*, et la nièce, entre le grand-oncle paternel et la petite-nièce.

Les principes généraux admis dans la théorie des empêchements de mariage conduisirent les prudents à reconnaître pour fondement de la défense, la communauté certaine d'origine et de sang, et à décider que :

1° Le mariage est défendu entre parents issus des *iustae nuptiae*, qui ne font plus, ou n'ont jamais fait partie de la même famille. On ne peut épouser, ni sa sœur émancipée, ni celle qui a été donnée en adoption ³⁰.

2° Le mariage est défendu entre parents nés, l'un ou l'autre, ou tous les deux, en esclavage ³¹.

3° Le mariage est défendu entre parents dont la parenté dérive *ex concubinato* ou *ex matrimonio non iusto* ³².

4° Le mariage est défendu entre parents dont l'un est *vulgo conceptu* ³³.

B. L'affinité.

Dans le Droit classique, l'affinité est un empêchement de mariage moins étendu que la consanguinité. Rome n'avait pas, comme l'Eglise, assimilé la parenté par l'alliance à la parenté par le sang ³⁴.

30. MODESTIN, *D.*, 23, 10, 4, § 10 : « In eam familiam, ad quam per adoptionem venit, nemo est illi cognatus praeter patrem eosve quibus adgnascitur, adfinis autem ei omnino est. »

31. *D.*, 23, 2, 8; *Eod. tit.*, 14, § 2, où l'on rapporte des textes de Pomponius et de Paul.

32. *Code*, 5, 4, 4 : « Liberi concubinas parentum suorum (uxores) ducere non possunt : quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur. Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt. » Constitution de l'année 228.

33. *D.*, 23, 11, 14, §§ 2 et 54.

34. La remarque est faite d'une façon générale par JUSTINIEN, *Inst.*, I, 10, 6 : « Affinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinendum est... » Elle n'était pas faite par Gaius. Il y a là, l'explication de l'origine de l'empêchement d'affinité en Droit romain. L'empêchement visa d'abord

Il est à peine nécessaire de remarquer d'abord, que cet empêchement n'a de sens que si le divorce ou la mort d'un des conjoints a dissous une première union ³⁵.

Le mariage est défendu, d'une façon générale, avec tous les parents du conjoint dans la ligne directe, appelés aujourd'hui alliés en ligne directe. L'empêchement s'étend, dans ce cas, comme pour la consanguinité, à l'infini, mais il est inconnu en ligne collatérale ³⁶.

C. *Quasi-affinité.*

La liste des empêchements de parenté dans le mariage ne finit cependant pas là. Il faut ajouter le cas spécial de la quasi-affinité ³⁷ qui devait plus tard devenir l'empêchement d'honnêteté publique ³⁸.

Les rigueurs des lois d'Auguste relatives au mariage firent passer dans le Droit une opinion particulière de Servius Sulpicius ³⁹, en défendant qu'on épousât la mère

toutes les personnes vivant en commun dans la famille, la bru était considérée comme une fille. On se rendit compte de la nécessité d'une distinction, quand les membres de la famille vécurent séparés.

35. GAIUS, I, 63 : « Ideo autem diximus « quondam » quia, si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest... » Le mot *affinitas* n'a pas dans le Droit classique le sens technique de parenté par alliance qu'il aura par la suite, il vise dans le texte de Gaius la tante paternelle et la tante maternelle.

36. Les *Inst.* de JUST. disent, I, 10, 6 : « Affinitatis quoque veneratione quarumdam nuptias abstinere necesse est. Ut ecce privignam aut nurum ducere non licet quia ut-raque filiae loco sunt », faisant intervenir une prohibition aussi étendue que dans le cas de la parenté.

37. Les *Inst.* de JUST., I, 10, 11, font allusion à cet empêchement dans le renvoi aux empêchements anciens, repris par Justinien « ex veteri iure collectarum enumerari permisimus »; W. VON HORMANN, *Quasi-affinität, rechtshistorische Untersuchungen über Affinitätswirkungen des Verlöbnisses nach weltlichen und kirchlichen Rechte*, 1^o Abteilung, *Romisches und byzantinisches Recht*, 1897.

38. J. B. SAGMÜLLER, *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts*, 1914, t. II, p. 189.

39. POMPONIUS, I. I de *Enchiridium*, D. 38, 10, 8 : « Servius recte dicebat soceri et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalsibus acquiri ». Il s'agit, sans doute, d'une opinion émise par SERVILIUS dans son traité de *dolibus* dont nous parle AULU-GELLE, dans les *Nuits attiques*, 4, 3, § 2 et 4, 4 ; sur la fiction de Servilius, en général, cf. W. VON HORMANN, *op. cit.*, p. 50.

de celle qui, auparavant, avait été votre fiancée. Labéon nota immédiatement cette nouveauté juridique, en commentant les lois Julia et Papia ⁴⁰. Gaius et Marcien, sur les mêmes lois, retinrent l'observation ⁴¹, qu'on expliqua par la règle de Modestin ⁴² : « Dans le mariage, on considère non seulement ce qui est permis, mais aussi ce qui est honnête ». Julien, si on en croit les Institutes de Justinien ⁴³, généralisa la règle. La doctrine devint classique comme le montre un texte d'Ulpien, au livre XVI, *ad Sabinum* ⁴⁴.

D. La parenté adoptive.

Les jurisconsultes reconnurent à la parenté adoptive, les effets de la parenté par le sang ⁴⁵.

Ce nouvel obstacle au mariage trouve sa justification dans ce principe du Droit romain, que l'adoption crée un lien de cognation légale entre l'adopté et les personnes dont il devient l'agnat, lien qui disparaît quand

40. D., 38, 10, 6, Ulpien, 5 : « Ad legem Juliam et papiam. » « Labeo scribit nepotis ex filia mea nati uxorem nurum mihi esse. Generi et nurus appellatione sponsus quoque sponsa continetur : item socii et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur. »

41. Gaius, l. 4, *Ad legem Juliam et Papiam*, D., 22, 5, 5 : « Generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet, item soceri, sponsae patrem. » Marcien, l. 1, *de publicis iudiciis*, D., 48, 9, 3 : « Cum pater et mater sponsi, sponsae, docerum est liberorum sponsi, generorum appellatione continentur. »

42. D., 23, 2, 42 : « Semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est sed et quid honestum sit. »

43. *Inst.* de Just., 1, 10, 9 : « Nam nec sponsam filii nurum esse nec atris sponsam novercam esse, rectius tamen et iure facturos eos qui huiusmodi nuptiis se abstinerint. » Mais est-ce un précepte ou une règle de Droit ? *Rectius et iure* sont mal accouplés.

44. D., 23, 2, 12, 1 : « Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt, quamquam noverca mea non proprie dicatur. »

45. Modestin, D., 23, 10, 4, 10 : « In eam familiam, ad quam per adoptionem venit, nemo est illi cognatus praeter patrem eosve, quibus agnoscitur, adfinis autem ei omnino nemo est. » Un texte de Paul n'est pas moins formel, D., 1, 7, 23, mais comporte cette réserve : « Sed filiae meae is quem adoptavi frater fit, quoniam in familia mea est filia, nuptiis tamen etiam eorum prohibitis. » La justification de l'empêchement est : « Quoniam in familia mea est filia. »

l'agnation vient à cesser⁴⁶. Ce principe se manifeste sous deux aspects différents : tantôt, en créant le lien de parenté, tantôt, en le détruisant.

Par le jeu du principe créateur, le mariage entre l'adopté et ses nouveaux agnats est défendu dans la mesure précise des prohibitions qui atteignent la parenté naturelle⁴⁷. On ne peut épouser ni sa fille, ni sa sœur adoptive, mais on peut épouser valablement la fille adoptive de son aïeule maternelle, il n'y a pas de lien civil ni de lien naturel entre elle et le futur époux⁴⁸.

L'application du principe inverse devrait faire, qu'en règle générale, la prohibition cesse dès que l'agnation, résultat de l'adoption, disparaît. Il n'en est, cependant, pas ainsi dans tous les cas. Cette conséquence n'est pas admise pour la ligne directe⁴⁹. L'adoptant ne peut jamais épouser celle qui a été un jour sa fille, tandis que les parents en ligne collatérale, par le jeu du principe, retrouvent la possibilité de contracter mariage avec l'ex-adoptée. On peut donc épouser, en effet, sa sœur adoptive lorsque l'agnation a cessé par l'émancipation⁵⁰.

De là, on a tiré la conclusion pratique suivante : Si on veut adopter la femme de son fils ou le mari de sa fille, il faut commencer par émanciper celui des deux conjoints qui est le descendant de l'adoptant. L'omission de cette précaution ne rendrait pas l'adoption nulle, mais elle comporterait la dissolution du mariage. En se prêtant à cette adoption, le gendre ou la bru n'ont sans doute pas voulu commettre un inceste, expliquent les

46. PAPINIEN, *D.*, 1, 7, 13 : « In omni fere iure finita patris adoptivi potestate nullum ex pristino retinetur vestigium, denique et patria dignitas quaesita per adoptionem finita ea deponitur.

47. *Inst.* de JUST., 1, 10, 2.

48. C'est ce qu'on exprime par les mots : « Nemo avunculus aut matera fit per adoptionem ». *D.*, 23, 2, 12, 4.

49. *Inst.* de JUST., 1, 10, 2.

50. *Inst.* de JUST., *ead.* *loc.*

jurisconsultes, mais on doit leur supposer, ou l'intention injustifiable de faire un acte nul, ou l'intention que la pratique juridique romaine trouva plus vraisemblable, de se donner l'avantage d'un divorce pour rendre une adoption possible ⁵¹.

A côté des règles relatives à l'étendue de la défense de mariage, le Droit romain avait organisé un système de répression pénale qui ne fut pas sans influencer l'histoire générale de l'empêchement et que nous allons étudier maintenant ⁵².

Il est difficile de déterminer la sanction de l'inceste dans l'ancien Droit. Il y a peu de textes. Les cas d'inceste rapportés par les auteurs littéraires ne nous font pas connaître le sort définitif des incestueux ; il faut raisonner sur les vestiges des lois et des coutumes anciennes dont le souvenir nous est demeuré ⁵³.

Ce que nous savons de la famille ancienne va nous orienter. Quand on essaie de se représenter le délit d'inceste dans l'ancien Droit, il faut distinguer deux cas : l'inceste du fils de famille et l'inceste commis par un citoyen *sui iuris*. La faute constitue, et l'observation est faite par l'Empereur Dioclétien, soit un crime contre la famille, soit un crime contre l'Etat ⁵⁴.

Dans le cas de l'inceste commis par un fils de famille, c'est au père qu'il appartient de punir le coupable qui vit sous son toit. Il sévit alors comme chef absolu de la famille. De quelles sanctions va-t-il disposer ? La question est délicate. Parmi les peines multiples qui peuvent frapper l'incestueux à l'époque classique, certaines témoignent de l'omnipotence ancienne du *paterfamilias*.

51. *Inst.* de JUST., *eod. loc.*

52. Cf. MOMMSEN, *Droit pénal*, trad. Duquesne, t. II. 1907, p. 406 et suiv., 682 et suiv. de l'édition allemande; PAULY WISSOVA, *Real Encyclopédie*, v° inceste

53. PLUTARQUE, *Quest. Rom.*, 6; CICÉRON, *Pro Cluentio*, 5; TACITE, *Ann.*, 12, 8.

54. *Mos. et Rom. leg. coll.*, 6, 4, 4.

Mais ces peines privées mises à la disposition du père sont cependant peu nombreuses. Ce sont : la *precipitatio de saxo tarpeia* et l'*interdictio aquae et ignis* ⁵⁵.

La première est un des modes de la peine capitale dont la caractéristique est, précisément, d'être à la disposition du père contre les membres coupables de la famille ⁵⁶. L'origine en est fort lointaine ; Mommsen y a vu un souvenir des temps où la composition n'était pas encore devenue obligatoire à Rome ⁵⁷.

La seconde était l'exclusion pure et simple de la vie de famille, et par conséquent, l'exclusion de la communauté romaine du coupable contre qui on ne voulait pas recourir à la peine capitale ⁵⁸.

On retrouve à Rome, sous l'Empire, dans la *precipitatio* et la *deportatio in insulam*, le souvenir de ces deux peines. La *precipitatio* de la roche tarpéienne était encore à l'époque de Sénèque et de Quintilien, le châtiement typique de l'incestueux ⁵⁹. N'est-ce pas la peine à laquelle fait allusion une controverse d'école bien connue qui argumente sur le sort de l'incestueux que sa chute n'a pas tué ? La *deportatio* était aussi bien connue, s'il faut en croire les Sentences de Paul ⁶⁰.

Si l'inceste a été commis par un citoyen *sui iuris*, le délit n'est qu'une faute contre les dieux de l'Etat et relève de la juridiction des pontifes, qui prononcent la peine de mort. On immole aux dieux offensés, l'auteur de la faute, selon les prescriptions du Droit commun ponti-

55. TACITE, *Ann.*, 6, 19; DION CASSIUS, 58, 22.

56. MOMMSEN, *op. cit.*, t. III, p. 270.

57. MOMMSEN, *op. cit.*, *eod. loco*.

58. Le souvenir de cette peine est perdu mais nous la retrouvons sous la forme d'une *deportatio in insulam*. Sentences de PAUL, II, 26, 15.

59. QUINTILIEN, 7, 8, 3; 7, 8, 5, 6; SENEQUE, *Controv.* 1, 3.

60. Sentences de PAUL, *loc. cit.* : « Incesti poenam quae in viro in insulam deportatio est, mulieri placuit remitti, hactenus tamen, quatenus lege Julia de adulteriis non apprehenditur. » Cette déportation est sans choix. MOMMSEN, *op. cit.*, t. III, p. 410.

fical ⁶¹. La juridiction pontificale disparut de très bonne heure, mais laissa quelques souvenirs. La réconciliation dont les textes littéraires nous ont conservé des témoignages, en est un exemple; c'est un pontife qui réconcilie Clodius aux fêtes de la *Bonne Déesse*, comme à l'époque de Claude, un pontife assure au coupable le pardon de la Déesse offensée ⁶².

Toutes ces condamnations étaient accompagnées de peines pécuniaires qu'il est difficile de préciser. C'est ainsi que nous apprenons par Tacite, que Tibère s'empara de la fortune considérable de Sextus Marius, coupable d'inceste, après l'avoir fait précipiter de la roche tarpéienne ⁶³.

Ce Droit, que nous interprétons comme un Droit traditionnel, fut-il modifié par la loi Julia ? Deux textes, l'un de la *Collatio*, l'autre du *Digeste* semblent le suggérer ⁶⁴.

Le premier, après avoir fait la liste des cas d'inceste, déclare que celui qui épouse sa belle-sœur, malgré l'interdiction, sera puni de la même peine que le coupable d'adultère.

Le second texte, emprunté à Papinien, reproduit une note de Marcien dans laquelle le jurisconsulte, à propos d'adultère, examinait un cas d'inceste ⁶⁵.

Mais, on sait que la loi Julia s'en prenait à des délits, jusqu'alors non susceptibles d'être punis par l'Etat ⁶⁶. Or, nous venons précisément de montrer que l'Etat sanctionnait l'inceste. D'autre part, un texte nous dit formel-

61. MOMMSEN, *op. cit.*, t. III, p. 233.

62. Sur la *reconciliatio*, cf. PAULY WISSOVA.

63. TACITE, *Ann.*, 6, 19.

64. Col. 6, 3, 3, texte de PAUL voisin de celui des *Sentences*, 2, 19, 5: « Ipse poenam adulterii lege Julia patitur non etiam ducta ». Le second texte est de PAPINIEN.

65. *D.*, 48, 5, 39, § 2: « Quare mulier tunc demum eam poenam, quam maritus, sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admis rit... »

66. Cf. A. ESMEIN, *Mélanges*, La lex Julia de adulteriis coercendis.

lement que la loi Julia *de adulteriis* ne s'occupait pas de l'inceste⁶⁷. Les auteurs de ces textes ont confondu, à tort, l'adultère et l'inceste.

SECTION II. — LA RÉFORME DE DIOCLETIEN.

Le système dont nous venons de retracer les grandes lignes tomba de bonne heure en désuétude, et le nombre toujours croissant des mariages incestueux appelait une réforme. L'Empereur Dioclétien l'entreprit en l'année 295 ap. J.-C. Une constitution connue dans son intégrité, dans la *Collatio mosaicorum et romanarum legum*, nous révèle clairement ses intentions⁶⁸.

Les termes mêmes de la constitution méritent d'être rappelés dans le style un peu emphatique que leur a donné la chancellerie impériale de l'époque⁶⁹.

« Puisque la piété et la religion nous font considérer la chaste et sainte législation romaine comme digne d'une profonde vénération et du respect éternel dû à la religion, nous ne pouvons faire mine d'ignorer, de dissimuler⁷⁰, — dit le mot technique, — les actes impies et incestueux commis dans le passé. »

67. *D.*, 48, 18, 4 : « In incesto... lex Julia cessat de adulteriis » ; *D.*, 48, 18 5.

68. Col. 68, 4. Le texte est emprunté au Code hermogénien. Cf. E. WEISS, *Erogamie und Endogamie in römischen Kaiserzeit*, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, t. XXIX, R. Abt., p. 340 et suiv. et le *C. r.* de J. PARTSCH dans *Zeitschrift für Papyrusforschung*, t. V, p. 475 et suiv. Sur la *Collatio*, l'étude la plus récente est celle de Ed. VOLTERRA, dans les *rendiconti* de l'Académie royale de Lincei, 1930, an. 327, Sér. VI, vol. III, p. 1.

69. Le texte de cette constitution a été reproduit dans une forme corrigée par E. WEISS, *op. cit.*, p. 477.

70. Le mot *dissimulare* est-il pris ici avec le sens technique qu'il aura plus tard : faire mine de ne pas voir en parlant d'un écart du droit ? Dans une lettre du Pape Grégoire I, que nous étudierons plus loin, le mot semble bien avoir un sens technique et aussi peu péjoratif que possible. Il y a d'autres exemples, un surtout dans une lettre de Sirice à Himère de Tarragone, du 10 février 385 et qu'on regarde comme la plus ancienne décrétale, malgré C. BABET, *op. cit.* DOM COUSTANT, *Epist. Rom. pont.*, col. 624. H. GETZENY, *op. cit.*, p. 1922, p. 94 et suiv. : « ... quia officii nostri consideratione non est nobis dissimulare, non est tacere libertas, quibus... ». La phrase de Sirice ne prend son plein sens que si d'autres peuvent le faire et nous pensons aux magistrats romains et à la *scientia dissimulata* dont parle la préface du Code Théodosien.

La première prescription de l'Empereur est le retour au mariage religieux ⁷¹. Comme Auguste l'avait fait, il exige la fidélité conjugale et surtout, il repousse les unions incestueuses. Les lois larges des origines de l'Empire ont paru trop étroites puisque l'Empereur se voit obligé de pardonner à des fautes monstrueuses et de reprocher à ses sujets des « instincts de bêtes sauvages ⁷² ». L'Empereur aurait dû les frapper de la peine de mort, selon le Droit que nous avons rapporté plus haut, mais la peine n'était plus appliquée depuis longtemps, Dioclétien ne pouvait en exiger le retour brutal. Aux délinquants antérieurs à la Constitution ⁷³, il refusera tout droit à la succession de leurs enfants légitimes ⁷⁴. La Constitution s'achève par la liste des empêchements de consanguinité et d'affinité :

« Nous définissons dans notre édit les personnes qui sont au nombre des cognats et des alliés avec qui le mariage est défendu : la fille, la petite-fille, l'arrière-petite-fille, la mère, la grand-mère, l'aïeule ; en ligne collatérale, la tante paternelle et maternelle, la fille de la sœur, la petite-fille de la sœur ⁷⁵.

71. Le sens de ce passage est un peu obscur, le texte dit : « In quo id etiam providendum quam maxime esse censuimus, uti matrimoniiis religiose atque legitime iuxta disciplinam iuris veteris copulatis, tam eorum honestatem, qui nuptiarum coniunctionem sectantur, quam etiam his, qui deinceps servata religione nascentur, incipiat esse consultum : et honestate nascendi etiam posteritas ipsa purgata sit. » Ce qu'il faut comprendre comme une défense de l'adultère, sans doute. Les enfants nés régulièrement de mariages légitimes, seront plus respectueux, à leur tour, de la légitimité. Ce texte laisse entrevoir un milieu d'une moralité un peu suspecte.

72. C'est le passage le plus important du texte : « Id enim pietati nostrae maxime placuit, ut sancta necessitudinum nomina optineant apud affectus suos pia et religiose consanguinitate debitam caritatem. [At enim] nefas eam creare est ea, quae in praeteritum a compluribus constat esse commissae, cum pecudum ac ferarum promiscuo ritu ad illicita conubia instinctu execrandae libidinis sine ullo respectu pudoris ac pietatis irruerint. »

73. Cette idée est très importante pour une question discutée plus tard. Concile d'Epaone, can. 30.

74. La Col. fait allusion à ce droit : XVI, 3, § 13. Cf. *Zeitschrift für geschichte R. W.* XIII, p. 37 et s.

75. § 4, « Sed posthac religionem sanctitatemque in conubiis copulandis volumus ab unoquoque servari, ut se ad disciplinam legesque Romanas meminerint pertinere : et eas tantum sciant nuptias licitas, quae sunt Romano iure permissae ». § 5. « Cum quibus autem personis tam cognatorum, quam ex

» De même, du côté des alliés, la belle-fille, la belle-mère, la bru et toutes les autres qui étaient l'objet d'une défense de mariage dans l'ancien Droit, mariage dont nous voulons que tout le monde s'abstienne ⁷⁶. »

Tous ceux qui manqueront à la loi à partir du neuvième jour des calendes de janvier 295 seront rigoureusement punis ⁷⁷.

Cette loi ne fut d'ailleurs pas la seule que les Empereurs Dioclétien et Maximien aient publiée sur ce sujet ⁷⁸. Venant après une constitution de l'année 291, rapportée encore par la *Collatio*, elle paraît être la fin d'une politique de clémence ⁷⁹. Elle supprime radicalement l'excuse de l'ignorance ⁸⁰.

On imagine aisément le sort qui fut fait à ces Constitutions : Elles furent sans lendemain. Il était impossible de remonter le courant de l'immoralité, et, à vrai dire, le Droit ancien perdait son action sur une société si cosmopolite. La réforme devait être entreprise sur les fondements d'une doctrine religieuse vivante et non sur les bases de croyances déjà mortes comme celles qu'invoquaient Dioclétien et Maximien ⁸¹.

adfinium numero contrahinon licet matrironium, hoc edicto nostro complexi sumus : cum filia, nepte, pronepte, itemque matre, avia, proavia »

76. « et exlatere amita ac matertera [sorore] (sur ce mot cf. E. WEISS, *op. cit.*, p. 363 n. 1) « sororis filia et ex ea nepte. Itemque ex adfinibus privigna, noveca, socru, nuru, ceterisque, quae antiquo iure prohibentur a quibus cunctos volumus abstinere. »

77. Ce qui, en fait, représente la date de 295.

78. Ce texte inaugure vis-à-vis des empêchements de mariage une politique que nous retrouverons souvent par la suite : Grégoire I, les Conciles d'Orléans, Epaone, etc... procéderont de la même façon. Ce qui prouve que, dans le domaine des mœurs, l'efficacité des lois est bien fragile.

79. « His qui incestas nuptias per errorem contrahunt, ne poenis subiciantur, ita demum clementia principum subvenit, si postea quam errorem suum rescierint, illico, nefarias nuptias diremerint. » *Coll.*, 6, 5, 1.

80. Ce texte représente encore, pour nous, la première allusion qui soit faite à la séparation des époux, illégalement unis; par la suite, et comme conséquence du canon 2 du Concile de Néocésarée, nous verrons cette peine fréquemment reprise. Mais elle ne paraît pas, en Droit romain, avant ce texte, et là encore n'est-elle pas obligatoire mais seulement de nature à permettre d'éviter les sanctions pénales.

81. C'est la réflexion de J. PARTSCH sur cette constitution. Cf. *Archiv für Papyrusforschung, op. cit.*, p. 475.

CHAPITRE III

INFLUENCES CHRÉTIENNES DANS LE DROIT MATRIMONIAL ROMAIN DU BAS-EMPIRE

L'enseignement chrétien qui avait pénétré à Rome sous le patronage de Constantin renouvela les principes civils de la répression de l'inceste.

La réformes des mœurs romaines préparée par l'enseignement de Jésus n'allait certes pas se réaliser en un jour¹. Mais les conceptions chrétiennes acquirent de bonne heure une efficacité certaine dans une matière où elles appuyaient les sentiments de réprobation populaire.

La réforme débuta par l'abrogation du sénatus-consulte que le censeur Vitellius avait introduit, au temps de Claude, dans la législation de Rome. On étendit ensuite les empêchements d'affinité et de consanguinité.

1. C'est ici que se pose une question débattue, celle de l'influence du christianisme sur le Droit romain. Nous nous sommes efforcé, dans ce chapitre, de déterminer avec le plus de précision possible, la progression des idées chrétiennes. Il y a sur cette question, une abondante littérature dont voici les ouvrages les plus importants : TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le Droit civil des Romains*, 1843, ouvrage plusieurs fois édité; S. RICCOBONO, *L'influenza del Cristianesimo nella codificazione di Giustiniano*, *Rivista di Scienza*, t. V, année 1909; *Christianesimo e diritto privato*, dans la *Rivista di diritto civile*, 1911, p. 37 à 70. B. KUBLER, *Die Einwirkung des Rechts und die sozialen Begriffe*, *Theologische Arbeiten aus dem rheinischen wissenschaftlichen Prediger-Verein*, 1909, t. XI, p. 93 à 110; G. Baviera, dans les *Mélanges offerts à P. F. Girard*, 1912, t. I, p. 67 à 121; F. Senn, *La notion de jurisprudence*, 1926. L'étude d'ensemble la plus récente est de A. MARCHI, *Dell'Influenza del Chrestianesimo*, dans *Studi senesi*, 38, ann. 1924. p. 61 et suiv.

conformément, dans le premier cas, à l'enseignement des évêques, et en accord, dans le second, avec le sentiment chrétien.

A. ABROGATION DE L'EXCEPTION CLAUDIENNE.

Nous savons déjà, par Dion Cassius, que Nerva aurait tenté de supprimer l'exception de Claude². Les textes juridiques postérieurs nous font penser que la réforme avait alors échoué ; elle se fit cependant, sans qu'on puisse dire exactement si elle fut l'œuvre de Constantin ou de Constance. C'est à Constantin que Sozomène l'attribue, en accord avec une constitution du Code théodosien³.

« Si quelqu'un a cru pouvoir perpétrer cette abomination d'épouser la fille de son frère ou de sa sœur, ou même, dans son baiser, ne s'est pas comporté comme un oncle paternel ou maternel, il sera puni de la peine capitale. »

Le Droit ne distingue donc plus, à cette époque, l'inceste avec la fille du frère, de l'inceste avec la fille de la sœur, qu'il s'agisse de mariage ou de tout autre espèce d'union⁴.

2. On déduirait à tort, d'une constitution du *Code de Justinien*, V, 4, 17, que la réforme fut faite par les Empereurs Dioclétien et Maximien. Il suffit pour se convaincre du contraire, de comparer le texte et la *collatio*, VI, 5, 5, qui ne donne pas la finale : *praeterea fratris filia et ex ea nepte* ajoutée postérieurement. Cette remarque ne permet pas l'hypothèse de A. ROSSBACH, *op. cit.*, p. 428. J. GODEFROY avait relevé ce tribonianisme (*Sur le Code théodosien*, III, XII, 2, p. 295) qui n'en est pas nécessairement un. Justinien n'a cependant pas corrigé tous les textes classiques, *D.*, 23. 2. 39. 56.

3. SOZOMÈNE, I, 1, chap. 48 : « τὰς ἀκλόστους καὶ καταβεβληκυμένους μίξεις πρὸς τοῦτου μὴ ὠλομένους. » A vrai dire, ces expressions très générales, suivies dans le texte, d'un renvoi aux constitutions de Constantin, ne justifient pas une attribution décisive au premier Empereur chrétien. Code Théodosien, III, 12, 2 : « Si quis filiam fratris, sororisne faciendam crediderit abominanter uxorem, aut in eius amplexum, non ut patruus aut avunculus, consolaverit, capitalis, sententiae poena teneatur. »

4. C'est ce que désignent les mots « aut in eius amplexum » que n'a pas retenus l'auteur de l'*Interpretatio* : « Quicumque hominum cum fratris filia vel sororis incestam coniunctionem se habere crediderit, capitale periculum se noverit subitum. »

Mais cette loi n'est pas de Constantin ; il faut en attribuer l'origine à Constance, son fils ⁵. On doit, en effet, critiquer la suscription. C'est aux Phéniciens que la lettre est adressée. Or, nous savons que, sous Constance, la Phénicie allait devenir le théâtre d'opérations militaires dirigées contre la Perse. Les relations nouvelles que ce projet suscita firent connaître que les sujets de l'Empire habitant la Phénicie avaient des usages profondément contraires aux mœurs romaines. Le tableau que l'historien Socrate nous en fait ne saurait nous laisser le moindre doute sur la nécessité d'une réforme ⁶, et le texte que nous a livré le Théodosien n'est rien autre chose que le décret dont l'application fut confiée aux magistrats impériaux pour cette province lointaine. L'auteur du Code a voulu marquer sans doute, que l'origine de la défense est de Constantin, mais il a choisi le texte plus concis et plus net de Constance comme fondement définitif de la prohibition ⁷.

Quoi qu'il en soit de cette hypothèse, la réforme fut introduite dans le Digeste, où nous retrouvons le texte de l'édit de Dioclétien et Maximien de 295, interprété par ces mots : « *Praeterea fratris filia et ex ea nepte* », qui marquent la généralisation définitivement acquise ⁸.

5. Cf. J. GODEFROY, t. I, *Codex Theodosianus*, p. 295 : « Filii certe eius Constantii haec lex est, qua is veteri scilicet iure reducto, non minus fratris quam sororis filiam uxorem ducere prohibet. »

6. Le passage de l'historien SOCRATE, l. I, chap. 14, est écrit à propos de la fondation de l'Eglise d'Héliopolis. Les unions y étaient libres, les enfants ne connaissaient pas leurs parents, les jeunes filles étaient constituées par leurs parents, aux étrangers qui se présentaient. On devine l'étonnement des enquêteurs impériaux.

7. On sait la méfiance qu'il faut apporter à l'égard des suscriptions du Code théodosien. Cette hypothèse n'a pas été faite par Godefroy. Nous pensons cependant qu'elle s'impose. Il est difficile d'imaginer que ce soit l'occasion rappelée au texte qui ait conduit le fils de Constantin à abroger cette règle traditionnelle bien connue.

8. Code de Just. V. 4. 17.

B. INNOVATION DANS L'AFFINITÉ.

On fit plus dans le cas de l'affinité, comme en témoignent des textes de l'Empereur Constance. Nous nous souvenons de l'étendue de la défense à laquelle l'Eglise s'était arrêté. Elle avait défendu rigoureusement les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs. Dans le courant du IV^e siècle, dès l'année 355, l'Etat adopta cette interdiction. La constitution de Constance, sur ce point, s'en prit directement à l'opinion des *Veteres*, dont la doctrine fut abrogée⁹.

« Malgré la doctrine des *Veteres*¹⁰, qui enseignent qu'à la mort du frère, il est permis d'épouser sa femme, ou même, après la mort de sa propre femme ou le divorce, d'épouser la sœur de cette femme, tout le monde doit aujourd'hui s'abstenir de ces mariages, qui ne sauraient donner des enfants légitimes, mais seulement des *spurii*, tout comme les enfants nés d'une union incestueuse quelconque. »

L'Orient ne semble pas avoir admis immédiatement cette innovation puisque c'est seulement en l'année 393, qu'Arcadius en publia la défense pour son Empire¹¹.

C. INNOVATION DANS LA CONSANGUINITÉ.

L'empêchement de consanguinité s'étendit aussi dans la nouvelle législation impériale ; Théodose accomplit

9. Code théodosien, III, XII, const. 2 : « et si licitum veteres crediderunt, nuptiis fratris solutis, ducere fratris uxorem, licitum etiam, post mortem mulieris, aut divortium contrahere cum eiusdem sorore coniugium : abstinere huiusmodi nuptiis universi, nec aestiment posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari, nam spurios esse convenit, qui nascuntur. »

10. Les *veteres* auxquels il est fait allusion ici, sont les jurisconsultes romains qui vont d'Auguste à la fin du Droit classique. Il ne s'agit pas des *veteres* dont pouvaient parler les auteurs classiques.

11. Code de JUST., V, 5, 5. Cette constitution adressée par les Empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius à Cynegius ne peut s'adresser qu'à l'Orient. Cf. *Chronologica codicis Theodosiani*, donnée en tête de l'édition du *Code théodosien* par J. GODEFROY, t. I, p. CXIX : « Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus coniungendi penitus licentiam submovemus, nec dissolutum quocumque modo coniugio. »

cette réforme que Constantin avait craint de faire trop rapidement après sa conversion. Nous n'avons plus le texte de la loi de Théodose, mais dans une constitution de 409, qui se trouve au Code théodosien, Honorius fait entendre qu'une défense de mariage entre cousins fut promulguée par son père Théodose I^{er} ¹². Ce serait un tort de penser que, seule, l'Eglise dirigea le législateur dans cette réforme, préparée par des constitutions païennes antérieures ¹³. Le souvenir des décisions qui avaient assimilé les cousins aux frères paraît avoir, non seulement, préparé la loi de Théodose, mais justifié, même aux yeux des Pères de l'Eglise, une défense qu'ils jugeaient conforme à la dignité du mariage.

Un texte attribué au jurisconsulte Paul disait : « Je ne puis épouser la petite-fille de ma sœur parce que je lui tiens lieu de parent ¹⁴ », la même idée se retrouve chez l'historien de Théodose, Victorin, qui écrira : « L'Empereur défendit les mariages des cousins entre eux parce qu'il les considérait comme de véritables mariages entre frères et sœurs ¹⁵. » Le mot lui-même de *consobrini* est expliqué par les grammairiens comme dérivé de *sororini* ¹⁶.

12. Code théodosien, III, X, 1 : « Exceptis his quos consobrinorum hoc est quarti gradus coniunctionem lex triumphalis Patris nostri exemplo indultorum supplicare non vetuit. » La possibilité de la dispense suppose l'existence de la défense. Celle-ci se trouve attestée par ailleurs, mais sans mention du nom de Théodose, dans un autre texte du Théodosien, III, XII, 3 dont nous parlerons plus loin. Cf. E. Carusi, *Parere sull'impedimento al matrimonio tra consobrini presso i copti*. S. Congregazione orientale, 1932, p. 7 et 8.

13. Par exemple, la constitution de Dioclétien de 295, étudiée précédemment.

14. Il n'est pas sûr que l'expression soit de Paul; on ne la retrouve pas dans Gaius, et l'explication faite sur le type de l'expression « loco filiae », exprimerait bien la règle de l'assimilation de l'affinité à la consanguinité.

15. Cf. J. Godefroy, *op. cit.*, t. I, p. 289. Le texte complet dit : « Tantum pudori tribuens et continentiae ut, etc... »

16. En Droit classique, selon Paul, D. 38, 10, 10, 15 et 17. Les *consobrini* représentent les cousins germains, les *sobrini* les cousins issus de germains; DONAT *ad Terent. Andr.*, 4, 5, 6 : « Sobrini sunt... de sororibus nati, ut sint

Saint Ambroise, parlant de la constitution de Théodose, emploie, pour désigner le lien entre cousins, le mot de *pietas*. Ce terme avait déjà, pour d'autres cas de parenté, servi de base à la réforme païenne¹⁷ entreprise par les Empereurs Dioclétien et Maximien. Dans tous les cas où on pouvait reconnaître une obligation de *pietas* entre deux personnes, le mariage était défendu. C'est pourquoi, on doit voir dans cette réforme, dont l'évêque de Milan semble le promoteur, plus une déduction de principes romains déjà en usage qu'une influence ecclésiastique sur le Droit romain. La Bible, d'ailleurs, n'avait jamais condamné formellement les mariages entre cousins. Et un passage de saint Augustin nous montre que de son temps, l'Eglise n'avait encore fait aucune prohibition¹⁸ :

« Nous avons fait l'expérience qu'à notre époque, les unions entre cousins ne se réalisent pratiquement pas, condamnées par les mœurs avant que les lois, par un texte exprès, ne les aient défendues. »

Cependant, dans la propre famille de saint Ambroise, Paternus voulait marier son fils à sa petite-fille, ce qui n'était qu'un mariage entre oncle et nièce, au troisième degré, alors que le mariage entre cousins est une union entre parents du quatrième degré¹⁹.

sobrini quasi sororini. » Ailleurs, DONAT écrit encore, *ad Terent. Hecyre*, 3, 5, 9 : « *Consobrinus quasi soroninus sobrino enim sunt ex duabus sororibus.* » Cf. A. ROSSEBACH, *op. cit.*, p. 433, qui utilise J. GODEFROY, *op. cit.*, t. I, p. 290.

17. L'évêque, en effet, écrit : « *Tantummodo quia propinquitatis necessitudine et fraternae societatis ligantur vinculo, pietati eos (Theodosius) voluit debere quod nati sunt.* » Lettre 66 à Paternus citée in extenso plus loin. Sur le mot *pietas*, cf. F. SENN, *op. cit.*, p. 33 et suiv.

18. AUGUSTIN, *De civitate Dei*, P.-L. MIGNE, XV, 16 : « *Experti sumus in connubiis consobrinorum etiam nostris temporibus propter gradum propinquitatis fraterno gradui proximum quam raro per mores fiebat, quod fieri par leges licebat, et nondum prohibuerat lex, verum tamen factum etiam licitum propter vicinitatem horrebatur illiciti et quod fiebat cum consobrina pene cum sorore fieri videbatur, quia et ipsi inter se propter tam propinquam consanguinitatem fratres vocantur et pene germani sunt.* »

19. Saint Ambroise écrit, en effet, dans la lettre 66 à Paternus : « *Sed si divina te praeterunt saltem imperatorum praecepta a quibus amplissimum accepisti honorem, haudquaquam praeterire te debuerunt : nam Theodo-*

L'histoire est piquante. Saint Ambroise conseille à Théodose de faire une réforme en conformité avec la doctrine du Droit, et, ce qui pouvait paraître une idée purement chrétienne, est imposé à Paternus comme une décision du pouvoir séculier !

Quoi qu'il en soit, c'est à dater de Théodose que les cousins ne pourront plus se marier entre eux, la prohibition s'étend jusqu'au quatrième degré.

D. INNOVATION DANS LA SANCTION PÉNALE.

Théodose, dans la défense qu'il avait promulguée des mariages entre parents au quatrième degré, ne s'en tenait pas à une défense platonique ; il avait aussi ajouté dans un autre texte la sanction qu'il faudrait infliger à l'incestueux. Saint Ambroise et l'Empereur Arcadius nous la font connaître ²⁰. C'est le supplice du feu ou de la proscription, joint à la confiscation des biens, peines graves qui étaient de nature à arrêter les plus audacieux délinquants. Théodose permit cependant qu'on obtint par rescrit la validation d'un mariage déjà contracté, à la condition qu'il ne le fut pas dans les trois premiers degrés de parenté. En 396, une constitution réduisait encore les rigueurs des sanctions applicables aux ince-

sus Imperator etiam patruels fratres et consobrinos vetuit, inter se coniugii convenire nomine et severissimam poenam statuit, si quis temerare ausus esset fratrum pia pignora, et tamen illi invicem sibi aequales sunt, tantummodo quia propinquitatis necessitudine et fraternae societatis ligantur vinculo, pietati eos voluit debere quod nati sunt... Quid enim est quod dubitari queat, cum lex divina patruels fratres prohibeat convenire in conjugalem copulam qui sibi quarto sociantur gradu ? Hic autem gradus tertius est, qui etiam civili iure a consortio coniugii exceptus videtur. » La Bible ne condamne pas, nous le savons, les mariages entre cousins ; c'est pourquoi le texte de saint Ambroise observe « sed si divina praeter eunt », après avoir remarqué « quanta huiusmodi invenire non esse interdicta lege per Moysem edicta et tamen interdicta sunt quadam voce naturae ». Cf. A. ROSSBACH, *op. cit.*, p. 432, n. 1497 ; J. FREISEN, *op. cit.*, p. 376 ; A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 373.

20. Cf. la note précédente ; le texte de la lettre de saint Ambroise, J. GODEFROY, sur le *Code théodosien*, t. III, XII, 2.

tueux. On supprima d'abord la peine du feu, puis la confiscation des biens, seule ne changea pas l'étendue de la prohibition du mariage avec sa sanction civile.

E. DISCORDANCE ENTRE L'ORIENT ET L'OCCIDENT AU DÉBUT DU V^e SIÈCLE.

Jusqu'au début du v^e siècle, les points de la législation matrimoniale que nous venons d'étudier furent admis uniformément dans les deux Empires d'Orient et d'Occident, mais, à partir de cette date, nous constatons un véritable désaccord.

Une constitution publiée au Théodosien est intitulée : « Des peines des mariages incestueux ²¹. » Elle est présentée comme une loi des Empereurs Arcadius et Honorius adressée à Eutychianus, préfet du prétoire en 396. On peut y lire la condamnation manifeste des mariages entre cousins.

21. *Code théodosien*, III, XII, 3. La constitution est : Impp. Arcad. et Honor. AA. Eutychiano FF. D. « Manente circa eos sententia, ... » Le texte est reproduit au Code de Just., V, 5, 6, mais amputé, on y retranche tout ce qui vise la défense de mariage avec les cousins. La comparaison des textes du Cod. th. et du Code de Just. est instructive.

Code théod., III, 13, 3.

Manente circa eos sententia, qui post latam dudum legem quomodo absoluti sunt aut puniti, si quis incestis posthac consobrinæ suæ vel sororis aut patris vel eius postremo cuius *velitum* damnatumque coniugium est, in sese nuptiis junestaverit, signata quidem lege supplicio, hoc est, ignium et proscriptionis, careat, proprias etiam *quamdiu vixerit teneat facultates, sed neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur.* »

Code de Just., 5, 56.

Si quis incesti velitique coniugis nuptiis junestaverit, proprias, quamdiu vixerit teneat facultates sed neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur.

Cf. E. CARUSI, *op. cit.*, t. 14

Un texte du Code de Justinien déclare, au contraire, au nom des mêmes Empereurs, dans une constitution envoyée au même Eutychianus, en 405, que ces mariages sont permis. C'est la fameuse loi *Celebrandis* ²² :

« La célébration du mariage entre cousins est aujourd'hui permise par la présente loi ; aussi les principes du Droit ancien perdent, dès ce jour, leur autorité, et les mariages entre cousins sont légitimés, que les cousins soient fils de deux frères ou des deux sœurs, ou d'un frère et d'une sœur, et les enfants qui naîtront de ces unions seront successeurs légitimes de leur père. »

Une troisième constitution du Théodosien, donnée par Honorius et Théodose II, à Ravenne en l'année 409, au titre : « Si les mariages peuvent être validés par rescrit », pose en principe que les personnes à qui défense est faite de se marier entre elles, se verront refuser la dispense qu'elles pourraient demander à l'Empereur, et même courront, dans ce cas, le risque d'une peine, à l'exception toutefois des cousins à qui Théodose a permis un recours :

« Excepté ceux qui, cousins, c'est-à-dire, parents au quatrième degré, ont obtenu par une loi de notre père, l'autorisation de faire des suppliques ²³. »

On voit qu'il n'est fait dans ce dernier texte aucune allusion à la constitution antérieure de quatre années qui ne prévoyait pas de demande spéciale au sujet de

22. Code de JUST., V, 4 19. Impp. Arcad. et Honor. AA. Eutychiano. PP. « Celebrandis inter consobrinis matrimoniis licentia huius legis salubritate indulta est, ut revocata prisca iuris auctoritate restinctisque calumniarum fomentis, matrimonium inter consobrinos habeatur legitimum. »

23. Code théodosien, III, 10, 1 : « Exceptis iis, quos consobrinorum, hoc est quarti gradus coniunctionem lex triumphalis memoriae Patris nostri exemplo indultorum supplicare non vetavit. » L'exception profitait aussi, selon Constantin à ceux qui épousaient des personnes à qui leurs parents les avaient fiancés. Cette deuxième exception ne fut pas maintenue par Théodose alors que, la première, au contraire, demeura. Cf. CASSIODORE., *Formules*, M. G. H., I. VII, f. 46.

ces mariages, mais qui les autorisait purement et simplement.

Comment concilier ces trois textes ?

Voici, d'après Godefroy ²⁴, comment il faut raisonner. Des trois lois qui portent en suscription les noms des Empereurs d'Orient et d'Occident, les deux premières ont pour auteur Arcadius, Empereur d'Orient, la troisième de 409 est l'œuvre d'Honorius, Empereur d'Occident. En effet, on ne peut s'arrêter aux suscriptions des constitutions, portant les noms de ces Empereurs. Les noms des destinataires de ces lois et les lieux où elles étaient envoyées vont, au contraire, permettre d'établir qu'elles ont des auteurs différents. Les deux premières lois sont adressées à Eutychianus, à Constantinople. Celle de 409, qui réglemente les dispenses, est adressée à Théodore, à Ravenne. L'explication est alors facile.

Le premier, Arcadius, en Orient, a tenu pour illicites, à l'exemple de Théodose son père, les mariages entre cousins, mais il a cependant publié sa loi pour faire connaître qu'il adoucissait la peine terrible dont son père avait sanctionné ces unions. Puis, en 405, changeant de dessein, il tint ces mariages pour légitimes.

En Occident, Honorius, au contraire, décidait, en 409, que les mariages entre cousins ne sauraient être valables sans, au moins, une dispense du prince. Il n'y eut, dans la suite, aucune variation ; on maintint la règle de la prohibition.

Il en résulta une double législation au cours de l'histoire. Dans les Pénitentiels, par exemple, le désaccord des deux législations apparaît clairement. Les « Grecs » fournissent des textes régulièrement moins sévères que les « Romains ».

²⁴. *Op. cit.*, p. 299. L'explication est acceptée par E. LOENING, II, p. 543, n. 1 et par A. ESMEIN, *op. cit.*, t. I, p. 375 et par E. CARUSI, *op. cit.*, p. 6 et suiv.

LIVRE II

Orient et Occident au VI^e et VII^e siècles

Après la législation du Code théodosien, l'histoire des empêchements de parenté suivit la double destinée qui s'esquissa à l'époque des Empereurs Honorius et Arcadius. Bien que le but principal de ce travail soit d'étudier plus particulièrement l'évolution du Droit occidental, il nous a paru nécessaire de jeter un coup d'œil sur l'histoire des prohibitions en Orient. Elles offrent une curieuse anomalie : parti d'un Droit moins sévère qu'en Occident, l'Orient est arrivé à des dispositions plus rigoureuses. C'est ainsi qu'aujourd'hui, dans les Eglises orthodoxes, la défense est plus étendue que dans le Code du Droit canonique de l'Eglise latine publié en 1917¹.

1. Cf. N. MILASH. *I.^o recueil des canons suivis par l'Eglise orthodoxe*, I, 1884.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT BYZANTIN

SECTION I.

Le Droit byzantin antérieur à Justinien mérite à peine une mention ; il demeura tel que l'avaient établi Constantin et les premiers Empereurs chrétiens. Les Empereurs Anastase et Zénon ne firent que rappeler les règles du Droit oriental, à propos de deux cas particuliers soumis à leur tribunal.

Les Egyptiens contractaient entre beaux-frères et belles-sœurs des mariages qu'on essayait de valider dans le cas où les femmes étaient demeurées vierges². Etant donné, disait-on dans ce pays, que l'union des corps fait le mariage, elles peuvent parfaitement s'unir avec leurs beaux-frères apparents si le premier mariage n'a pas été consommé³. Anastase et Zénon ne refusaient pas le bénéfice de ce raisonnement, sans doute reconnu par

2. Cf. *Code de JUSTINIEN*, V, 5, 8 : « Licet quidam Aegyptiorum idcirco mortuorum fratrum sibi conjuges matrimonio copulaverint, quod post illorum mortem mansisse virgines dicebantur, arbitrati scilicet, quod certis legum conditoribus placuit, cum corpore non convenerint, nuptias re non videri contractas, et huiusmodi conubia tunc temporis celebrata firmata sunt, tamen praesenti lege sancimus, si quae huiusmodi nuptiae contractae fuerint, earumque contractores et ex his progenitos, antiquarum legum tenori subiacere nec ad exemplum Aegyptiorum, de quibus superius dictum est, eas videri fuisse firmatas vel esse firmandas. » (a. 475).

3. Il ne serait pas impossible qu'il s'agisse ici de Juifs, pour qui l'« unitas carnis » fait la parenté par alliance et non le consentement au mariage. Ils étaient nombreux en Egypte. Cf. E. R. GOODENOUGH, *The Jurisprudence of the Jewish Courts in Egypt*, 1929.

les fonctionnaires du pays, aux mariages déjà validés, mais décidèrent qu'à l'avenir le *consensus* ferait le mariage et non le *concubitus*. C'est une jurisprudence traditionnelle. Les Empereurs Dioclétien et Maxime n'avaient pas jugé d'une autre façon dans une cause plus grave.

Dans un autre texte, l'Empereur Anastase décide que pour certains mariages, défendus, les fonctionnaires pourront ne pas intervenir, *dissimulare*, vieille pratique que les circonstances avaient rendue juridique, et que nous aurons l'occasion de retrouver dans le Droit canonique ⁴.

L'œuvre de Justinien fut plus importante en matière d'inceste ⁵. Elle se caractérise par un double fait : premièrement, l'aggravation des peines déjà connues ; deuxièmement, l'adjonction de l'empêchement de parenté spirituelle.

A. L'aggravation des peines.

L'Empereur, en 535, ne trouvait pas suffisantes, les mesures prises par ses prédécesseurs qui laissent impunis nombre de crimes de cette espèce. Les lois, remarquait-il, sont absurdes puisqu'elles punissent les enfants qui naissent de ces mariages, alors qu'ils ne sont pour rien dans la faute de leurs parents. Les vrais coupables échappent aux sanctions. Justinien composa un nou-

4. ANASTASE, *Code de Justinien*, V, 5, 9. « Ab incestis nuptiis universi, qui nostro reguntur imperio noverint temperandum. nam rescripta quoque omnia uel pragmaticas formas aut constitutiones impias, quae quibusdam personis tyrannidis tempore permiserunt scelesto contubernio matrimonii nomen imponere, ut fratris filiam uel sororis et eam, quae cum fratre quondam nuptiali iure habitaverat, uxorem legitimam turpissimo consortio liceret amplecti aut ut alia huiusmodi committerentur, viribus carere decernimus, ne dissimulatione culpabili nefanda licentia roboretur.

La *dissimulatio* est à remarquer, nous la retrouverons fréquemment.

5. Les intentions de Justinien dans la matière, ne sont d'ailleurs pas si claires qu'on pourrait le penser; on peut dire d'elles ce que BAVIERA dit à propos du divorce. Cf. G. BAVIERA, *Concelto e limiti dell' influenza del Cristianesimo sul diritto Romano*, dans les mélanges offerts à P. F. Girard, I, p. 117, 1912 :

« Pareillement la portée de l'influence chrétienne n'a pas été bien comprise,

veau réseau de peines. Il décida, en premier lieu, que ceux qui s'engageraient dans des liens incestueux, s'ils n'avaient pas eu d'enfants d'un précédent mariage légitime, perdraient leurs biens et ne pourraient exercer aucun droit sur la dot, qui serait acquise au trésor⁶. Leur faute était d'avoir « confondu leur propre parenté⁷ », alors qu'il leur était possible de contracter un mariage rigoureusement conforme aux lois. Les enfants, s'il y en avait du précédent mariage, pouvaient hériter et exercer leur capacité juridique, à charge pour eux d'entretenir leurs parents⁸.

Cette peine ne devait même pas suffire contre ceux qui s'unissent avec les animaux et dont le crime est étudié en même temps que celui des incestueux. On leur refusera le service dans l'armée et à la cour. On les condam-

quand on cite pour la prouver la Constitution de Justinien, qui ne reconnaît pas le divorce par consentement mutuel, et qu'on oublie de citer celle de son successeur, Justin II, qui, devant la réprobation générale, dut revenir au droit antérieur. Ce qui démontre que l'influence de la nouvelle religion, affirmée dans le domaine du sentiment opéra, il est vrai, sur le législateur, mais démontre d'autre part que les exigences de la vie réelle qui étaient en dehors du pur domaine éthique, s'imposèrent avec Justin II. Cf. nov. 12; 118, 10; 144.

6. Nov. 12. « Pro incestis dudum scriptas ab imperatoribus leges non perfecte habere iudicamus, quae eos quidem qui incestis copulantur nuptiis impunitos sinunt, ex eis autem procedentem sobolem utique inculpabilem existentem privant rebus patris : ut necessitas sit eos quidem qui peccant sine reatu esse, eos autem qui innoxii sunt tamquam peccantes puniri. »

Cap. I : « Sancimus igitur, de cetero, si quis illicitas et contrarias naturae, quas lex incestas et nefandas et damnatas vocat, contraxerit nuptias, si quidem non habuerit filios ex prioribus legitimis et inculpabilibus sibi contractis nuptiis, mox ei suarum rerum casum imminere, simul autem et ea, quae nomine dotis data sunt ei in nullo potiri, sed omnia aerario assignari »

7. Nov. 12., cap. I : « eo quod, dum licuerit nuptias facere legitimas, contra leges amaverit et confuderit quidem sobolem, nocuerit autem et generi, egerit vero quae impia sunt et scelestas, et talia concupierit qualia plurima etiam irrationabilia amovent animalia : sitque ei poena non confiscatio solum, sed etiam cinguli privatio et exilium. » *La cinguli privatio* n'est rien autre chose que la perte de toute fonction officielle.

8. Nov. 12, cap. 2. « Si vero contigerit ex prioribus nuptiis inculpabilibus filios esse ei, aut nepotes forte aut ulterius, paternam mox illi accipiant successionem, suae quidem potestatis patris supplicio facti, pascentes autem eum et alia necessaria praebentes. Nam licet legum contemptor et impius sit, tamen pater est. »

nera à l'exil⁹. S'il s'agit d'un homme de basse condition, on le frappera de verges, parce qu'il devait vivre dans la chasteté, demeurer dans les lois de la nature et ne pas s'adonner à d'aussi basses passions¹⁰. Si une femme, connaissant la loi, commet un crime de cette nature, elle s'expose à la même peine¹¹.

Ce n'est pas seulement dans ce texte que Justinien eut l'occasion de réglementer le mariage incestueux. Il semble même se montrer de plus en plus sévère à mesure qu'il avance dans sa carrière. Il n'aggrava pas l'étendue des prohibitions, mais il en vint à des sanctions plus rigoureuses encore¹².

Dans la novelle 154, ayant appris « par une rumeur incertaine » que, dans les provinces de Mésopotamie et d'Osdoénie, les habitants pratiquaient des mariages incestueux, l'Empereur pour mieux souligner le caractère monstrueux de la nouvelle, rappela à Justus Augustus Florus, comte des sacrées largesses, les constitutions qui soumettaient les coupables à la peine capitale¹³. Toutefois, comme ce pays était excusable du fait

9. Les expressions de ces peines, ne sont pas propres au droit de Justinien, mais rappellent le canon XII du concile de Nicée, et des traditions juridiques antérieures.

10. Nov. 12, cap. I «... et si vilis fuerit : etiam corporis verberatio, quatenus discat caste vivere et intra naturam se continere, non autem delectari et amare ultra terminum et traditis nobis a natura etiam his legibus repugnare ». La prohibition ne repose d'après ce texte que sur le Droit naturel. Plus tard, après les pères de l'Eglise, on parlera de Droit Divin.

11. Alors que la femme semblait avoir, dans le Droit romain classique une situation privilégiée, à propos de l'adultère par exemple, la tendance égalitaire du Droit chrétien, la fait assimiler à l'homme. On ajoute cependant la réserve : « si legem sciens. » Inst. nov., 12, cap. I, *in fine*. « Mulier quoque, si legem sciens, hanc quidem neglexerit, incestis autem semetipsam tradiderit nuptiis, sub eadem constituenda poena. »

12. L'intervention postérieure de Justinien fut faite dans la novelle 77, pr. On voit aussi intervenir dans cette constitution, les Saintes Ecritures, mais uniquement à titre d'exemples : « Docemur enim a divinis scripturis quia ex huiusmodi impiis actibus et civitatis cum hominibus pariter perierunt », sujet repris dans les nouvelles 141 et 154.

13. Nov. 154, pr. « Mirus quidam rumor ad nos pervenit, eos qui Mesopotamian et Osroenam provinciam incolunt, audere illicitis nuptiis se iungere atque romanas leges violare et penas in iis intentatas tam veteres quam novas, qui cum ad vicinarum gentium mores respiciant, in illicitas atque prohibitas

de la proximité des Barbares, et de leurs incursions répétées, il conseilla de ne les appliquer qu'avec modération. On s'en prendra, non aux mariages anciens, mais aux unions à venir, à dater de la publication de l'Edit ¹⁴.

Entre temps, l'Empereur avait eu à statuer sur un cas particulièrement délicat. C'était celui des Juifs, la *gens incestiva* par excellence, comme on dira plus tard en Espagne, qui, ne se mêlant pas aux races au milieu desquelles la *Diaspora* les avait disséminés, étaient, plus que les autres peuples, enclins à des unions entre parents. Dans la novelle 139, Justinien décrit leurs plaintes et s'apitoie sur leur situation spéciale. « Il y a des familles où depuis trois générations on ne fait que des mariages incestueux. Les Juifs sont venus demander à l'Empereur de leur permettre de garder leurs épouses et de légitimer leurs enfants. La justice ne peut leur imposer les peines prévues par la loi. » Dans sa clémence ¹⁵, l'Empereur ne leur demandera qu'une amende de 10 livres

nuptias incident. Nos igitur horum quidem nihil omnino credidimus : neque enim existimamus homines qui reipublicae nostrae pars sunt eiusmodi quid agere audere atque progeniem suam dedecore afficere et nomina confundere. » Cette idée de confusion de la parenté semble bien celle que Justinien donne le plus volontiers pour défendre ces mariages. Le texte, d'ailleurs, fait allusion à des peines anciennes et nouvelles et paraît viser les peines traditionnelles du Droit Romain, à côté des peines nouvelles qu'il avait ajoutées, comme nous l'avons dit à propos de la novelle 12.

14. Nov. 154, cap. I : « ...iis qui Osroenam et Mesopotamiam provincias incolunt ! indulgemus propter invasiones in eas vario modo factas, et maxime quia agrestis multitudo ut plurimum haec delinquere dicitur, idque in ea quae nunc est condicione manere sinimus, cum nihil eorum curiose perscrutemur quae usque ad Novellam nostram sacram constitutionem hac in re forte peccata sunt, sed ut omnem huiusmodi de hoc inquisitionem adversus personas et res quae ad incolas earumdem provinciarum pertinent prohiberi sanciamus. »

15. Nov. 139.

« Ἀνήγαγεν ἡμῖν ἡ σὴ ἐνδοξότης τοὺς ἀπὸ Σινδύος τῆς κώμης καὶ τοὺς Ἑβραίους τῆς τυρίων γάμους ἰθεμιτοὺς συμβάλλοντας ὑπο τὴν θείαν ἡμῶν γενέσθαι διάταξιν, καὶ οὐδὲ τὴν τετάρτην μοῖραν τῆς αὐτῶν διδόναι περιουσίας κατὰ τὰ περὶ τούτου προστεταγμένα, ἥδη δὲ καὶ τινὰς ἐξ αὐτῶν τρίτης ἡλικίας καθεστάναι καὶ παίδων εἶναι πατέρας, καὶ διὰ τούτο μετὰ θαυμάτων ἱκετεύσαι μὴ ἂν ἀναγκασθῆναι νῦν ἀποπέμψαι τὰς γαμετάς, ἀλλὰ καὶ ἔχειν αὐτάς καὶ τοὺς ἐξ αὐτῶν γενομένους ἢ γεννησομένους πατέρας διαδόχους αὐτῶν καθεστάναι καὶ μηδεμίαν αὐτοὺς ἐντεῦθεν εὐλαθεῖσθαι ποινὴν ».

Cap. I « Θεοπίζομεν τόννυν ὑπὲρ τῆς τοιαύτης συγχωρήσεως αὐτοὺς δοῦναι ἀνὰ δέκα λίτρας χρυσίου διὰ τὴς ἐμπροσθεν εἰρημίνεας αἰτίας ».

d'or. Et pour qu'il n'y ait pas là, un exemple pour d'autres qui prétendraient à de pareilles faveurs, on les avise qu'on refusera de les entendre, qu'ils perdront leurs biens et partiront en exil, suivant le droit commun. Voilà une dispense spéciale aux Juifs, mais absolument refusée aux chrétiens conformément aux prescriptions conciliaires¹⁶.

B. Introduction de l'empêchement de parenté spirituelle.

Dans la prohibition des mariages incestueux, Justinien fit plus que préciser et modifier des règles antérieures à sa législation. L'inceste, jusqu'alors, n'avait jamais été reconnu qu'entre parents par le sang ou l'alliance. Il décida, guidé, à la fois, par des idées chrétiennes et des règles du Droit romain, que la parenté spirituelle produirait les mêmes effets que la parenté par le sang¹⁷.

Par un abus de langage dont les textes sacrés fournissent eux-mêmes les premiers exemples¹⁸, la notion de parenté spirituelle avait à l'époque de Justinien un long passé. Ceux qui étaient parrains au baptême ou à la confirmation appelaient fils ceux qu'ils avaient conduits à la réception du sacrement.

16. Cette nouvelle 139 n'a pas été relevée dans la collection des « authentiques ». Le motif en paraît assez clair. Il s'agit d'une faveur transitoire et d'aucune application en Italie où cette collection fut sans doute rédigée. Cf. P. KRUEGER, *Histoire des sources du Droit Romain*, trad. J. Brissaud, p. 477. N. TAMASSIA, *Per la storia delle Autentiche*, dans les *Actes de l'Institut de Venise*, IX, sér. VII, années 1897-98, p. 601 et suiv.

17. C. JUST., 5, 4, 26, § 2, année 530. « Ea videlicet persona omnimodo ad nuptias venire prohibenda, quam aliquis, sive alumna sit sive non, a sacrosancto suscepit baptismate, cum nihil aliud sic inducere potest paternam adfectionem et iustam nuptiarum prohibitionem, quam huiusmodi nexus, per quem Deo mediante animae eorum copulatae sunt. » L'empêchement et son caractère passe généralement inaperçu des romanistes. P. BONFANTE, *Corso*, t. I, p. 206, le rattache à l'empêchement de mariage entre juifs et chrétiens, mais d'une façon parfaitement arbitraire.

18. Cf. *Epîtres* de PIERRE, I, 5, 13 : « Filius meus »; GRÉGOIRE DE TOURS, X, 28 : « Filius ex baptismate »; NICOLAS I, responsa ad conc. Bulg., canon 2 : « ex sacro fuit baptismate filius ... etc »; *Évangile de Jean*, 3, 5, J. FREISEN, *op. cit.*, p. 507. et suiv.; E. LOENING, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, 1878, t. II, p. 427.

Justinien assimila cette idée de protection spirituelle à la protection naturelle du tuteur pour son pupille, et comme déjà le lien qui unissait ces deux personnes avait paru aux juristes classiques d'une nature contraire à toute idée de mariage, par analogie, il défendit le mariage entre parrain et filleule, marraine et filleul¹⁹. On trouva même un exemple plus précis encore, celui de l'adoption. C'est en tranchant une querelle ancienne des prudents relative au mariage entre l'adoptant et l'adoptée, que Justinien reconnut la nature passagère de ce lien en regard de celui qui lie père et enfants spirituels, essentiellement indissoluble. La mancipation fait disparaître le premier, aucune cérémonie ne pourrait faire disparaître le second, « parce que rien n'est plus apte à fonder l'affection paternelle et un juste empêchement de mariage, que ce lien qui, par l'intermédiaire de la foi, unit les âmes²⁰ ».

La prohibition ne repose donc pas, en Droit, sur une fiction de parenté²¹, née du baptême, mais plutôt sur l'affection toute paternelle que le parrain doit à sa filleule et qui exclut de sa part toute idée de mariage²².

Justinien n'alla pas plus loin et s'en tint à l'empêchement entre parrain et filleule. Le cas inverse, marraine et filleul, devait sans doute être compris dans la même défense. Mais il est beaucoup plus difficile d'imaginer ce mariage à cause de la différence d'âges excessive qui accompagnerait ces unions.

La sanction civile de ces unions était sans doute celle

19. Le texte est au *Code de JUSTINIEN*, V, 4, 29, § 2. P. BONFANTE, *op. cit.*, t. I, p. 205, n. 9.

20. Le tuteur pouvait au contraire, épouser la pupille après la reddition des comptes.

21. Il faut d'ailleurs remarquer que, dans l'adoption, il y a une notion de fiction. Cf. M. PHILONENKO, dans une note du *Clunet*, 1930, p. 773 et suiv.

22. *Code de Justinien*, V, 4, 26, § 2. « Ea videlicet persona omnimodo ad nuptias... etc. », voir n. 17.

de tout mariage incestueux. La sanction religieuse était celle que nous retrouverons dans les conciles postérieurs : la pénitence de sept années ²³.

La législation impériale de l'époque nous montre la coopération étroite des deux autorités civile et religieuse. Les conciles décidaient dans le sens de la volonté impériale, et l'Empereur sanctionnait leurs décisions en leur donnant force de loi.

Dans un texte général du 18 octobre 530, on voit Justinien accorder aux canons ecclésiastiques la même importance qu'à ses propres lois. Dans la novelle 6 du 1^{er} mars 535, il agit de même. Il confirme les canons portés ou approuvés par les quatre saints conciles de Nicée, Constantinople, Ephèse et Chalcédoine. C'est d'un commun accord que l'Eglise et l'Etat légifèrent ; leurs ordonnances vont même jusqu'à la fusion, et les gens du barreau, laïques et clercs, les réuniront dans ces fameuses collections appelées *nomocanons*.

Malgré la précision des textes que nous venons d'étudier, malgré la rigueur des sanctions que nous avons détaillées, et le caractère religieux de la défense, on oubliait volontiers les textes du droit de Justinien en usage dans l'Empire. Ainsi l'Empereur Héraclius épousa Martine, la fille que sa sœur Marie avait eue d'un premier mariage ²⁴. L'illégalité du fait piqua le zèle du patriarche Serge, le fameux auteur de l'Echtèse, qui ne réussit pas à faire rompre ce mariage impopulaire. Aussi l'ambitieuse Martine dut subir le châtimement qui frappait à l'époque les incestueux : on lui coupa la langue ²⁵.

23. Conc. in Trullo, can. 53.

24. NICÉPHORE DE CONSTANTINOPLE, *C. S. H. B.*, Bonn, 1837, p. 16. ἀλλ' ὅγε πρὸς πράξιν ἄθεσμον, καὶ ἥν Ῥωμαίων ἀναγορεύουσι νόμοι, ἰδὼν τὸ πρὸς τὴν ἀνεψιὰν Μαρτίναν ἡσπάσατο κῆδος.

25. THEOPHANE, *C. S. H. B.*, Bonn, 1839, t. I, p. 523. καὶ ἐγλωσσοκόπησαν Μαρτίναν καὶ ἐρρινοκόπησαν Ἡρακλευνᾶν, καὶ ἐξορισαντες αὐτούς, ἀνεβίβασαν Κώνσταν υἱὸν Κωνσταντίνου. . . ἐπὶ τῆς ἀρχῆς.

SECTION II. — LE CONCILE « IN TRULLO ».

Les lois civiles de Byzance, nettement distinctes du Droit occidental, ne se modifièrent guère jusqu'à l'époque du concile *In Trullo*. La prohibition de mariage entre parents était moins étendue que dans les pays occidentaux. Mais, par contre, la répression était plus rigoureuse, et, dernier trait de la physionomie orientale, l'empêchement de parenté spirituelle était entré dans la législation.

En 692, au concile tenu dans la salle du palais impérial²⁶, les canons s'enrichirent de dispositions nouvelles qui devaient compléter les conciles antérieurs, les cinquième et sixième conciles oecuméniques ainsi que les canons de Basile.

Le concile débutait par une adresse à l'Empereur, l'invitant à reprendre les règles disciplinaires dont Justinien I^{er} et Constantin Pogonat s'étaient déjà occupé²⁷, mais qui étaient depuis tombées en désuétude. Il fallait, disaient les Pères, combattre les derniers restes du judaïsme et du paganisme²⁸.

Le but du concile, parfaitement informé des règles disciplinaires de l'Eglise de Rome, fut d'établir un accord entre les dispositions des deux Eglises. Le canon 3 est particulièrement instructif sur ce point lorsqu'il traite de la continence des clercs qui, en Orient et à Rome, suivaient deux règles différentes²⁹.

C'est au canon 53 et 54 que fut abordée la question des empêchements de parenté.

26. C'est pourquoi ce concile est appelé « In Trullo », ὁ τροῦλλος signifie Dôme ou Coupole.

27. L'œuvre de Justinien I^{er} est bien connue. Celle de Constantin IV, Pogonat vise le 4^e concile de Constantinople.

28. Ce sont les deux ennemis religieux de l'Empire contre qui on dut lutter longtemps. Cf. J. PARGOIRE, *op. cit.*, p. 12 et suiv.

29. Cf. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., p. 563.

Le canon 53, en premier lieu, généralisa l'empêchement d'affinité spirituelle dont le Droit romain et Justinien en particulier, avaient, comme nous l'avons montré, préparé l'entrée dans le Droit canonique, en invoquant cette raison que « la parenté selon l'esprit est plus importante que celle selon le corps ³⁰ ».

Les Pères avaient appris que, dans certaines provinces, des parrains avaient épousé les mères de leurs filleuls.

« Nous avons su que, dans certaines parties de l'Empire, il se trouvait des hommes qui, après avoir été parrains au saint et salutaire baptême, épousaient les mères veuves de leurs filleuls. Nous décidons que, dorénavant, rien de pareil ne pourra se faire. Si quelqu'un, postérieurement à ce canon venait à le faire, il devrait d'abord renoncer à cette union illégitime et se soumettre ensuite aux peines imposées aux incestueux ³¹. »

Justinien avait seulement fait défense au parrain d'épouser sa filleule, comme il était défendu au tuteur d'épouser sa pupille. Nous trouvons là une aggravation de la défense. Il ne sera pas permis au parrain d'épouser la mère de son filleul, en vertu du lien de parenté spirituelle qui rattache le parrain et la marraine à tous les parents de l'enfant ³².

30. H.-T. BRUNS, *Canones apostolorum et Conciliorum saeculorum*, IV, V, VI, VII, Berlin, 1839, I, p. 53. F. LAUCHERT, *op. cit.*, p. 123 ἐπειδὴ μείζων ἢ κατὰ τὸ πνεῦμα οἰκειότης τῆς τῶν σωμάτων συναφείας.

31. H.-T. BRUNS, *op. cit.*, p. 53; F. LAUCHERT, *op. cit.*, p. 124. ...ἔγνωμεν δὲ ἔν τισι τόποις τινὰς ἐκ τοῦ ἁγίου καὶ σωτηριώδους βαπτίσματος παῖδας ἀναδεχομένους καὶ μετὰ τοῦτο ταις ἐκείνων μητέραςι χηρευούσαις γαμικὸν συνναλλάττοντας συνοικέσιον. ὀρίζομεν ἀπὸ τοῦ παρόντος μηδὲν τοιοῦτον πρᾶγθῆναι, εἰ δὲ τινες μετὰ τὸν παρόντα κανόνα φωραθεῖεν τοῦτο ποιοῦντες, πρωτοτύπως μὲν οἱ τοιοῦτοι ἀφιστάσθωσαν τοῦ παρανόμου τούτου συνοικεσίου, ἔπειτα δὲ καὶ τοῖς τῶν πορνευόντων ἐπιτιμίοις ὑποβληθήτωσαν.

32. La généralisation date de ce canon, c'est ce qu'on peut nettement déduire du texte que nous citons, à la note précédente, mais il n'en est pas moins probable qu'il est fait allusion à une coutume ou plus exactement à un sentiment de réprobation populaire que le droit n'avait pas encore transformé en une défense positive. L'influence chrétienne que nous avons pu déceler dans le Droit romain du Bas-Empire, s'exerçait sous cette forme. Il faut reconnaître qu'après Justinien, elle pénétra le Droit de la même façon. Le concile Quinisexte continue sur ce plan, l'œuvre de Justinien et de Constantin Pogonat.

Ces règles ne furent pas perdues ; nous aurons l'occasion de les retrouver et de suivre dans des régions différentes, leur curieuse histoire.

Le canon 54 ajoutait à cette réglementation nouvelle, une série de règles coutumières qui n'avaient pas été énumérées par saint Basile, mais qui n'en étaient pas moins formelles :

« Interprétant l'Écriture qui nous enseigne d'une façon générale qu'on ne peut épouser une parente (Lévitique, 18, 6), le divin Basile n'a pas énuméré toutes les causes d'empêchement de mariage. Il n'a pas voulu souiller sa plume, il n'a condamné ces impuretés que par des termes généraux, il n'en a fait qu'un résumé ; aussi convient-il d'énumérer plus clairement des défenses devenues actuelles :

» Le mariage n'est pas permis avec la fille de l'oncle ³³ ;

» Le père et le fils ne peuvent pas épouser la mère et la fille ³⁴ ;

» Le père et le fils ne peuvent pas épouser les deux sœurs ³⁵ ;

» Les deux frères ne peuvent pas épouser la mère et la fille ³⁶ ;

» Les deux frères ne peuvent pas épouser les deux sœurs ³⁷. »

Le but des Pères était donc de préciser une série d'empêchements relatifs à l'affinité d'abord, à la consanguinité ensuite. Le principe général rappelé au début du canon était d'ailleurs de nature à susciter bien d'autres défenses encore.

33. H.-T. BRUNS, *op. cit.*, t. I, p. 53; MANSI, 11, col. 968; P. LAUCHERT, *op. cit.*, p. 124. Τῆς θείας ἡμᾶς οὕτω σαφῶς ἐκδιδασκούσης γραφῆς: οὐκ εἰσελεύση πρὸς πάντα οἰκεῖον σαρκὸς σου ἀποκαλύψαι ἰσχυροσύνην αὐτοῦ · Ὁ θεοφόρος Βασίλειος τινὰς τῶν ἀπηγορευμένων γάμων ἐν τοῖς οἰκείοις κανόντιν ἀπηριθμήσατο, σιωπῇ τὰ πλεῖστα παραδραμῶν καὶ κατ' ἀμφοτέρα κατασιευάσας ἡμῖν τὸ ὠφέλιμον · τὸ γὰρ τῶν αἰσχυρῶν ὀνομασιῶν πλήθος παραιτησάμενος, ὥς ἂν μὴ τὸν λόγον καταρπαῖνοι τοῖς ῥήμασι γενικοῖς ὀνόμασι τὰς ἀκαθαρσίας διέλαβε, δι' ὧν περιεκτικῶς ἡμῖν τοὺς παρανόμους γάμους ὑπέδειξεν· ἐπεὶ δὲ τῇ τοιούτῃ σιωπῇ καὶ τῷ ἀγνώστῳ τῆς τῶν ἀθέσμων γάμων ἀπαγορεύσεως ἑαυτὴν ἢ φύσιν συνέχευε, συνείδομεν γυνώτερον τα περὶ τούτου ἐκθέσθαι, ὀρίζοντες ἀπὸ τοῦ νῦν τὸν τῇ οἰκείᾳ ἐξαδέλφῃ πρὸς γάμου κοινωνίαν συναπτόμενον.

34. H.-T. BRUNS, *eod. loc.* ... πατέρα καὶ υἱὸν μήτρι καὶ θυγάτρι...

35. H.-T. BRUNS, *eod. loc.* δυοὶ κόραις ἀδελφαῖς πατέρα καὶ υἱόν.

36. H.-T. BRUNS, *eod. loc.* ἀδελφοῖς δυοῖν μητέρα καὶ θυγατέρα.

37. H.-T. BRUNS, *eod. loc.* ἀδελφοὺς δύο δυοῖν ἀδελφαῖς.

CHAPITRE II

LES ROYAUMES BARBARES DE GAULE

Au début du ^{vi}e siècle, les Barbares s'étaient taillé en Occident des royaumes où les règles que nous avons vu se former et s'adapter connaissaient la dure épreuve de perdre l'assistance du pouvoir qui les avait promulguées. Les dispositions du Code théodosien demeuraient là comme des traditions affaiblies, dans des Eglises presque anéanties, et les évêques durent commencer de nouveaux combats pour retrouver auprès de nouveaux maîtres, la faveur que Constantin avait accordée à leurs prédécesseurs.

La Gaule, en particulier, avait été profondément bouleversée. Devenue la proie des Francs et des Burgondes, quand les Wisigoths, dès l'année 506, furent chassés hors de ses frontières, elle se trouvait soumise à deux rois de religion différente : l'un chrétien, le roi des Francs, l'autre arien, le roi des Burgondes. Les régions que gouvernaient ces deux rois étaient profondément dissemblables. Les invasions avaient ruiné la Gaule du Nord. Au Sud, les sièges d'Arles et de Vienne prolongeaient l'éclat de l'ancienne civilisation gallo-romaine.

SECTION I. — LES DISCIPLINES FRANQUE ET BURGONDE
AU DÉBUT DU VI^e SIÈCLE.

A. *Le concile d'Orléans de 511.*

C'est en 511 que Clovis réunit, à Orléans, le premier des conciles francs. Il soumit, probablement, à la discussion des évêques, une série de questions¹.

Ce concile est important dans l'histoire de l'Eglise franque, parce qu'il fut le premier des conciles mérovingiens et qu'il eut tous les caractères d'un concile national. Tous les évêques du royaume de Clovis avaient été appelés, et leurs décisions devaient engager le royaume tout entier. Les cinq métropolitains de Bordeaux, Bourges, Tours, Eauze et Rouen y assistaient.

C'est le canon 18 de ce concile qui s'occupe de l'empêchement d'affinité que nous avons rencontré à Néocésarine² et à Elvire.

« Que le frère survivant ne prenne pas possession de la couche de son frère défunt, et que personne ne contracte mariage avec la sœur de sa femme précédemment décédée. S'il le fait, qu'il soit frappé de la *districtio ecclesiastica*³. »

La fin du texte va nous retenir un instant : « *Quod si fecerint ecclesiastica districtione feriantur.* » *Districtio* semble désigner, dans la langue des conciles, la peine en

1. Les évêques écrivent à Clovis : « *secundum voluntates vestrae consultationem et titulos quos dedistis.* » F. MAASSEN, *Concilia aevi Merovingici* (M. G. H., *Legum sect. III*, t. I), 1893, p. 2.

2. Cf. livre I, ch. I, section II, p. 39. Le concile de Néocésarine est, en effet, bien connu des auteurs de cette époque, mais sous une forme probablement différente de la version de Denys le Petit. Les églises mérovingiennes ne semblent pas avoir utilisé cette version si l'on remarque que Grégoire de Tours ne la connaissait pas lui-même, bien qu'il ait souvent l'occasion d'invoquer les *decreta canonum* et de marquer le grand respect qu'avait pour eux, l'Eglise franque. Cf. GRÉGOIRE DE TOURS, *Histoire des Francs*, l. IX, ch. XXXIII.

3. « Ne superstis frater torum defuncti fratris ascendat; ne sibi quisque amissae oxores sororem audeat sociare. Quod si fecerint, ecclesiastica districtione feriantur. » MAASSEN, *op. cit.*, p. 10.

général, et nous invite à reconnaître l'excommunication pure et simple des canons des conciles d'Elvire et de Néocésarée. Le rappel de ces deux textes ne l'établit pas formellement, mais nous verrons, par la suite, que le Droit mérovingien ne connu pas d'autre sanction religieuse et que la tradition peut justifier cette hypothèse. On ne peut guère exiger de précisions plus grandes, quand on observe que la publication de ce canon était déjà une entreprise assez difficile. L'histoire des empêchements de parenté et d'affinité chez les Burgondes est de nature à nous en convaincre.

B. *Le concile d'Epaone.*

En 517, en effet, Sigismond, au concile d'Epaone, chargea les évêques de son royaume de la tâche que Clovis avait confiée au concile d'Orléans de 511. Mais, les canons qui furent décrétés en 517 eurent une tout autre importance que ceux de 511 ⁴, pour l'histoire des empêchements que nous étudions. Le canon 30 se retrouve, en effet, au décret de Gratien, après avoir été, maintes et maintes fois, rapporté dans les collections canoniques ⁵.

Cette assemblée d'évêques se tint l'année qui suivit le concile d'Agaune où le roi Sigismond abjura. Il fut consacré d'une façon générale à la réforme des mœurs du clergé ⁶. Plus tard, le concile de Tolède procédera de la même façon : concile disciplinaire, il suivra la conversion du roi et son abjuration ⁷.

4. H. VON SCHUBERT, *op. cit.*, p. 94.

5. GRATIEN, *Décret*, Causa XXXV, q. II et III, can. 8. Le texte donné par Friedberg a été corrigé. L'édition de 1582 disait plus exactement : « Non habebant ineundi melioris coniugii libertatem » qui est le texte traditionnel des collections canoniques.

6. Avit écrit qu'il a convoqué ce concile sur la demande du Pape qui le pressait depuis longtemps, lui rappelant qu'il fallait tenir concile tous les deux ans, selon le Droit canonique, et remettre en application les canons ecclésiastiques. Cf. la lettre dans MAASSEN, *op. cit.*, p. 17.

7. Ch. IV du même livre, p. 125.

La réunion s'ouvrit le 6 septembre ; saint Avit, archevêque de Vienne, la présida. Dans la lettre de convocation qu'il envoya aux évêques burgondes, il définit l'objet du concile et les points sur lesquels devaient délibérer les évêques ⁸.

Le canon 30, qui traite de notre matière, s'exprime de la façon suivante :

« Dorénavant, nous ne pardonnerons plus aux unions incestueuses si la séparation n'en a pas guéri la souillure ⁹. Nous réputons incestueux et ne pouvant se prévaloir des droits du mariage outre ceux qu'il serait honteux de nommer, celui qui, par une union charnelle, aurait violé la veuve de son frère qui, auparavant, était presque sa sœur ; celui qui épouse la sœur de son épouse, dont il est le frère ; celui qui épouse sa belle-mère ; celui qui s'associe à sa *consobrina* ou à sa *sobrina*. De même que nous faisons défense à partir d'aujourd'hui, de même nous ne supprimons pas les défenses antérieures visant celui qui s'unit à la veuve de son oncle paternel ou maternel, celui qui souille sa belle-fille par la fornication ¹⁰. »

Ce texte exige des explications sur trois points :

- 1° Les prescriptions nouvelles,
- 2° Les prescriptions anciennes,
- 3° La sanction.

8. MAASSEN, *op. cit.*, p. 17 : « *Justum est, quantum reor, ut constitutis prioribus sub communis praesentiae oportunitate tractatis nostris simul nobisque, prout ordo collucutionis invenerit, vel insinuemus vetera vel si necesse est, etiam nostra iungamus.* »

9. *Adulterium* n'a pas ici le sens technique habituel. Il signifie, pensons-nous, toute souillure. C'est une expression propre aux Burgondes. Dans la loi de Gondebaud, édit. DE SALIS (*M. G. H., Leg. sect.*, t. II, p. 69), on retrouve la même expression de *incesti adulterio*. On se souvient qu'en étudiant les règles du Bas-Empire, on a constaté une influence des règles relatives à l'adultère, sur l'inceste.

10. Canon 30 : « *Incestis coniunctionibus nihil prorsus veniae reservamus, nisi cum adulterium separatione sanaverint. Incestus vero nec ullo coniugii nomine praevalandus praeter illos, quos vel nominare funestum est, hos esse censemus : si quis relictam fratris, quae paene prius soror exteterat, carnali coniunctione violaverit ; si quis frater germanam uxoris suae accipiat ; si quis novercam duxerit ; si quis consubrinae subrinaeque se societ. Quod ut a presenti tempore prohebemus, ita ea, quae sunt antierius instituta, non solvemus : si quis relictæ avunculi misceatur aut patru vel privignae concubito polluat. Sane quibus coniunctio illicita interdicetur, habebunt ineundi melioris coniugii libertatem.* » F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 26. Ce canon a été étudié par J. FREISEN, *op. cit.*, p. 377 et 562 et depuis par W. VON HÖRMANN, *op. cit.*, t. II, p. 323.

Les prescriptions nouvelles. — Quatre cas, prétendus nouveaux, sont introduits dans la législation burgonde. Ce sont :

la *relictæ fratris*,
la *germana uxoris*,
la *noverca*,
la *consobrina* et la *sobrina*.

Les deux premiers sont déjà bien connus de nous. Nous les avons vus, publiés au concile de Néocésarée, nous les avons vus, introduits par l'Empereur Constantine dans le Droit romain chrétien, enfin nous les avons vus au canon 18 du premier concile d'Orléans. Ce sont les empêchements d'affinité collatérale.

Le troisième est plus ancien. Il vient du texte même de la Bible et après elle, du Droit théodosien qui l'avait lui-même repris.

Mais, comment convient-il d'interpréter les mots *consobrina* et *sobrina* ? Au Digeste, où Paul donne la longue suite des termes techniques qui désignent les parents en Droit romain, les *consobrini* sont les cousins germains et les *sobrini*, les cousins issus de germains. Dans la computation romaine, les premiers sont au quatrième degré, les seconds au sixième.

Ce n'est pas là, le sens qu'il faut donner à ces mots au canon 30 du concile d'Epaone. D'où viendrait, en effet, une pareille extension de l'empêchement ? Ces mots ont un sens différent sous la plume de saint Avit. C'est celui que Donat, le maître de saint Jérôme, nous fait connaître. Ecrivant sur l'Hécyre, ce grammairien réputé expliquait en effet *consobrinus* par le mot *sororinus*¹¹ : « *Sobrini sunt ex duabus sororibus*¹², *consobrini ex fratre*

11. Cf. *D.*, 38, 10, *De gradibus et affinibus et nominibus eorum*, fr. 10, §§ 15 et 17; *Hermès*, 1870, p. 374, note de MOMMSEN sur le fragment attribué à Tite-Live par Krüger; FORCELLINI, *Vocabularium*, V¹⁸ *consobrinus* et *sobrinus*.

12. DONAT, *Ad Terent. Hecyre.* 3, 5, 9.

et sorore... » Dans un commentaire sur l'Adrienne, il complétait encore sa précédente explication par l'autorité d'autres grammairiens. La loi d'Arcadius qui, pour l'Empire d'Orient, supprimait l'empêchement du quatrième degré, fait mention de ces sens divers du mot *consobrinus* dans une distinction¹³ que Justinien retiendra : « *Matrimonium inter consobrinos habetur legitimum siue ex duobus fratribus siue ex duabus sororibus, siue ex fratre et sorore* »¹⁴.

C'est cette distinction qu'a voulu marquer l'archevêque de Vienne, prévoyant le mariage avec la *consobrina* ou la *sobrina* qui ne sont que deux cas particuliers de parenté au quatrième degré, les enfants de deux frères ou de deux sœurs¹⁵.

Nous avons d'autres preuves de cette interprétation du mot *sobrina*. Le texte d'Epaone, en effet, devint, dans l'Eglise mérovingienne, la base de la défense des mariages incestueux. On ne se lassera pas de le reprendre et, le jour où, à la suite d'un concile général tenu à Mâcon en 585, l'évêque d'Auxerre rentrera dans son diocèse et y publiera les canons, il négligera la *sobrina* qui, à ses yeux, ne représentait rien, ignorant qu'il était de la précision des termes que saint Avit avait employés¹⁶. Si la *sobrina* avait exprimé la limite de la prohibition, on ne peut douter qu'il l'eût rapportée.

13. *Code théodosien*, III, XII, const. 3.

14. *Code de Justinien*, V, 4, 19.

15. A cela s'ajoute cette remarque, que saint Avit écrit dans un latin châtié. Il se distingue par là, nettement, des évêques qui le suivront. Cf. *L'histoire littéraire de la France*, tome III, p. 116. Il n'est donc pas exact de dire, pensons-nous, que le texte du concile d'Epaone prévoit un empêchement allant jusqu'au 6^e degré, comme le font E. LOENING, *op. cit.*, II, p. 548, n. 1., après lui A. ESMEIN, *op. cit.*, I, p. 375 et comme le soutient par des arguments nouveaux, R. GÉNÉSTAT, dans la note complémentaire de la nouvelle édition du livre d'Esmein. Il faut avouer que cette extension serait vraiment inexplicable de la part de saint Avit qui la créerait pour le simple plaisir de compliquer une réglementation dont les Barbares, on le sait, s'accommodaient fort mal.

16. Cf. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 182, concile d'Auxerre, canon 31; E. LOENING, *op. cit.*, t. II, p. 548, n'a pas fait la remarque, ni J. FREISEN, *op. cit.*, p. 377, ni A. ESMEIN, *op. cit.* t. I, p. 375; MOY, *Eherecht*, 1833, avait même

Le canon 30 du concile d'Epaone n'exprime rien de plus que les constitutions du Théodosien qui n'étendaient pas l'empêchement de parenté au delà du quatrième degré.

Nous avons par là même, l'indication du but général de l'évêque dans la désignation des cas de défense de mariage. Il introduit dans la législation burgonde les règles de l'Eglise gallo-romaine. C'est ce qui permet à Avit de distinguer les cas indicibles, des cas écrits dans la loi.

Les quatre cas à envisager y sont, en effet, parfaitement connus et, comme pour mieux souligner leur origine, on nous dit qu'il ne faut pas voir là de véritables mariages, tout comme l'écrivaient les jurisconsultes classiques¹⁷.

Les prescriptions anciennes. — Que visait alors la deuxième série de cas signalés dans le canon, comme étant déjà connus ?

C'est une question à laquelle il est assez difficile de répondre. On pourrait supposer que, dans le cas de la *relictæ avunculi*, il s'agit d'un souvenir de la décrétale de Sirice, envoyée aux Gaulois. En effet, au chapitre 14 de cette décrétale, il est fait mention de cet empêche-

conclu de ce texte et du *aut certi gradus consobrinam* des anciennes éditions du texte théodosien, à une défense déjà généralisée à cette époque. Le mot *sobrina* n'a pas été maintenu non plus dans les collections étudiées par F. MASEN, *op. cit.* : codicis Pithoeani, p. XIII, codicis Si Mauri, p. XIII, codicis Albigensis, p. XII. L'Hispana n'a pas retenu, non plus, le mot de *sobrinae*, dans le texte d'Epaone qu'elle attribue au concile d'Agde, bien qu'elle connaisse, pour des raisons que nous donnerons ultérieurement, l'empêchement du 7^e degré. On peut donc dire que le concile d'Epaone n'a pas étendu l'empêchement au-delà des empêchements du Théodosien.

17. A vrai dire, nous n'avons pas un texte juridique romain qui reconnaît positivement cette nullité au profit de l'époux séparé de sa parente mais la question ne pouvait se poser, le divorce étant couramment admis. Il est possible que dans le cas qui nous intéresse, l'évêque recommande la nullité légale pour garantir la rupture.

ment¹⁸. Mais il n'y est pas question de la *privigna*. Ce dernier empêchement vient du Lévitique¹⁹. Et nous sommes obligés de conclure que le canon 30 du concile d'Epaone est un recueil de cas choisis et réunis par saint Avit, et spécialement appropriés aux coutumes matrimoniales des Burgondes.

La sanction. — Le texte du concile d'Epaone ne nous fait connaître qu'une sanction d'ordre civil : la nullité du mariage. Conformément à l'influence juridique romaine que nous avons déjà signalée, le mariage sera réputé n'avoir jamais existé, et les enfants seront des *spurii*.

Une question se présente à l'esprit. Dans le cas d'un mariage incestueux, accompli, puis dissous en vertu du canon, les époux pourront-ils contracter un nouveau mariage ? Le concile déclare que les époux sont libres de s'unir à nouveau s'ils désirent le faire, mais naturellement, dans les cadres de la légitimité. Est-ce là une nouveauté ou une tradition ?

L'étude de la juridiction épiscopale en matière d'empêchement peut nous faire entrevoir la réponse à cette question, si nous observons : 1° la liaison de l'accusation d'inceste avec celle de l'adultère ; 2° le terme traditionnel qui, chez les canonistes, désigne la procédure des nullités de mariage : l'*accusatio*.

Le canon 30 du concile d'Epaone ne dit-il pas : « *Nisi cum adulterium separatione sanaverint* » ? Le concile d'Orléans de 538 répète, au canon 2, des expressions

18. Texte de MANSI, *Ampl. coll.*, III, col. 1133, can. XI et E.-Ch. BABUT, *op. cit.*, c. 11 et 14. L. DUCHESNE, *Liber pontificalis*, I, p. 216 attribue le texte à Sirice, à cause des mots : « *Hic constitutum fecit de ecclesia et direxit per provincias* » qui semblent faire allusion au texte de Sirice à Himère de Tarragone et aux décrets d'un concile tenu à Saint-Pierre, en Afrique.

19. On sait, en effet, que le Lévitique, XVIII, prévoit et sanctionne ces cas.

analogues²⁰ qui ne visent pas le cumul des délits d'adultère et d'inceste, mais le seul inceste : le mot *adulterium* ayant un sens général de délit contre la morale sexuelle²¹. Cette association *adultère* et *inceste* témoigne d'une confusion de sanctions.

La *lex Julia de adulteriis* ouvrait sa procédure pénale par une *accusatio* qui aboutissait à la séparation des époux et à une série de peines spéciales, bien définies par les nombreux commentaires dont elle avait été l'objet²². La procédure contre l'inceste débutait de la même façon. Nous avons vu même, que des peines spécialement édictées contre l'adultère avaient fini par s'appliquer à l'inceste. Or, parmi plusieurs autres, l'une, assez curieuse, interdisait à la femme coupable tout droit au remariage²³. La même procédure pénale employée contre l'incestueux devait aboutir au même résultat²⁴.

Bien qu'il ne soit pas question dans le canon 30 d'Epaone d'une sanction religieuse, nous savons qu'il en existait une assez sévère, comme nous le prouvent les trois lettres du recueil de la correspondance de saint Avit²⁵.

20. MAASSEN, *op. cit.*, p. 76, ligne 21 : *in hoc incesti adulterio*, p. 77, l. 5, « quam incesti adulterium ».

21. Comme on peut en trouver quelques exemples dans FORCELLINI, *op. cit.*, v° *adulterium*, empruntés à la Vulgate.

22. Cf. A. ESMEIN, *Histoire du Droit*, p. 118 et suiv.; et du même, un article de la *N. R. H.*, t. II, p. 14 et suiv., ann. 1878, repris dans les *Mélanges*.

23. *D.* 48, 5, l. 11. § 13. A. ESMEIN, *N. R. H.*, II, p. 27.

24. La procédure était la même dans les deux cas. A. ESMEIN, *Le mariage en Droit canonique*, t. I, p. 449 et suiv.; T. MOMMSEN, *Droit pénal*, traduction DUQUESNE, II, p. 413. « A l'époque impériale, les procès d'inceste, lorsqu'ils ne venaient pas devant les tribunaux souverains, étaient peut-être renvoyés à la *quaestio* pour adultère ». PH. LOTMAR, *Lex Julia de adulteriis und incestum*, Mélanges offerts à P.-F. Girard, Paris, 1912, t. I, p. 119 et A. ESMEIN, *N. R. H.*, t. II, p. 15 et suiv.

25. L'intérêt de ces lettres pour la matière que nous étudions avait été signalé en 1878 par E. LOENING, *op. cit.*, p. 547 du t. II. Ce sont les lettres 16, 17 et 18 de l'édition des *Monumenta Germaniae*, t. VI, *Auct. Antiqu.*, éd. R. PEIFER, Berlin, 1883, p. 48 et 49. Dans la *P. L.* de MIGNE, t. LIX, col. 232 et suiv.; on trouve avec le texte de GALLAND, les commentaires utiles de cet auteur. Dans l'édition d'U. CHEVALIER, Lyon, 1890, *Œuvres complètes de saint Avit*, ce sont les lettres XIV, XV et XVI, p. 150 et suiv.

Dans la première, adressée à saint Avit par Victure de Grenoble²⁶, un des évêques signataires du concile d'Epaone, une espèce est proposée au jugement de l'archevêque de Vienne. Vincomalus, citoyen de Grenoble, s'était uni en mariage depuis de nombreuses années à sa belle-sœur²⁷. Une accusation publique fut portée contre lui au tribunal de l'évêque de Grenoble. L'accusé ne nia pas, et Victure décida qu'il ne méritait pas la faveur d'une dispense²⁸. Mais il demanda à son archevêque de lui faire connaître la peine qu'on devait infliger au coupable. Laquelle des trois sanctions fallait-il choisir : Excommunication définitive, excommunication temporaire, ou pénitence²⁹ ?

Le Droit était mal établi et Victure n'osait prononcer l'excommunication³⁰ s'il n'était appuyé dans sa sentence par son archevêque³¹. C'est cependant la peine que le

26. La lettre 16 des *Monumenta*. Victure, évêque de Grenoble de 516 à 523, est présent au concile d'Epaone (F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 29) où il est appelé « *Victorius Episcopus in Christi nomine civitatis gratianopolitanae.* »

27. « *Quidam enim civium, ut nunc delatum est ante quam plures annos sororem defuncte conjugis sibi in matrimonium sociavit.* » M. G. H., *op. cit.*, p. 48, l. 14 et 15. Il est à remarquer que la procédure débute par une dénonciation. Il convient, pensons-nous, de donner à l'expression : *Delatum est*, une valeur technique et il faut se représenter la *delatio*, comme une accusation non contradictoire, T. MOMMSEN, *op. cit.*, p. 56, n. 2.

28. « *Quod ergo nunc, sub multorum praesentia auditis, accusator tanti criminis, non occulta susurracione, atrocis facti disseruit qualitem, sed ipso coram, qui peregit ista proposuit; quique eodem quo illicita praesumpsit ausu, qui studio a vobis dispensentibus miserabilis propemodum non negavit.* » Nous avons prêté la leçon d'U. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 150 à celle de *Monumenta Germaniae*, *op. cit.*, p. 48, l. 15 et suiv.

29. « *Sive ut pariter lugeant* (les deux époux sont l'un et l'autre punissables de la même excommunication) *vel si incicenda sequestratio* (il s'agit de l'excommunication temporaire) *vel qui modus poenitentiae* (Pénitence publique ou privée), U. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 150.

Le mot *Lugere* désigne l'excommunication : cf. *Ep. Jac. 4, 9, Miseri estote et luge et plorate. Apoc. 18, II, Fletunt et lugebunt, 15, flentes et lugentes, 19, clamaverunt flentes et lugentes.*

30. « *... quia se tali causa quid pronuntiari conveniat vix dicerno* », U. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 150.

31. « *Proinde qua sit abstinendus condicione praecepti. Vos tamen, ut sugessi, statuile quod videtur.* » U. CHEVALIER, p. 150. « *Communioni nempe eum trepide subtraho vel permitto nisi auctoritate vestra roboratur exstitero.* » C'est, en effet, le principe canonique, l'excommunication étant une peine particulièrement grave. Cf. P. HINSCHIUS, *System des Kirchenrechts*, III, p. 800. Une autre lettre de saint Avit, la 49^e de l'édition du Chanoine CHEVALIER semble indi-

canon 2 de Néocésarée impose à celle qui épouse les deux frères³². La version donnée par la *Prisca* dit, en effet, clairement : « *Mulier si duobus fratribus nupserit abjiciatur usque ad mortem* »³³. » Et il faut sans doute agir de même dans le cas inverse de l'homme qui épouse les deux sœurs³⁴.

Ce raisonnement prouve, accessoirement, que cette lettre fut écrite avant la réunion du concile d'Epaone qui déclare défendu le mariage avec la *germana uxoris*. Donc, avant 517, il n'y avait pas de texte qui en fit la défense formelle³⁵, si ce n'est le canon 3 du concile d'Orléans, inconnu chez les Burgondes.

Saint Avit répondit à cette lettre :

« Qui, en effet, même laïque, ne sait pas qu'un pareil mariage est une faute grave ? Aussi, malgré la juste douleur que vous en avez, il faut sur terre imposer des peines à celui qu'on veut conduire à la gloire céleste³⁶. Le canon que vous avez invoqué, le canon 2 de Néocésarée, veut un anathème ; la peine est connue, elle est appliquée dans

quer que, dans l'excommunication, l'évêque doit requérir le consentement du peuple : « *Puto sane districtioni ecclesiasticae filiorum vestrorum expeti debere consensum, propter illos quorum abusione consuetudinaria parum de excommunicationibus curare decretum est* », p. 210, *op. cit.*

32. La lettre de Victure fait allusion au canon 2 de Néocésarée lorsqu'elle remarque : « *Nam non est, ut puto, minus in conjugium germanam conjugis quam uxorem fratris asciri.* » C'était, en effet, le cas prévu par le canon 2. Le cas des frères entraîne celui des sœurs.

33. Sermon de saint Avit, *Die 1^o Rogationum*, l. VII, U. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 303, n. 3. Note empruntée à Martène : « *Hic resperisse videtur, Avitus ad illum canonem (IV) concilii Neocesariensis : « Si quis concupita muliere, » etiam concubitus ejus desiderium habeat, non autem subsequatur effectus, » manifestum est eum per divinam gratiam fuisse liberatum. » Ita in vetusta canonum versione, quae Aviti aeo latinarum ecclesiarum in usu fuit. »*

34. Lettre XV, dans l'édition de U. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 151 : « *Oportet ergo hominem maritum duarum scilicet germanarum non irrevocabili anathemate percuti...* »

35. Le texte du concile d'Epaone de 517, : canon 30, déclare, en effet, le mariage impossible avec la *relicta fratris* et la *germana uxoris*; F. MAASSEN *op. cit.*, p. 26.

36. Saint-Avit, *op. cit.*, p. 151 : « *Quis enim vel laicus non advertat, non sine grandi macula fieri de adfinitatis propinquitate conjugium ? Unde licet sollicitudini nostrae justissimus dolor de necessitate ipsius districtiois incumbat, salubriter tamen exasperatur in temporaneis quem salvari cupimus in aeternis.* »

notre Droit canonique, elle est trop rigoureuse³⁷. Il faut faire des monitions et, dès maintenant, écarter de la communion les coupables (en d'autres termes, leur imposer l'excommunication eucharistique³⁸). Le long temps qu'a pu durer le mariage n'en a pas prescrit la peine³⁹. Ne redoutez pas, ici, le scandale d'un divorce ; ce n'est qu'une séparation légitime qui fera cesser une union criminelle⁴⁰. Aussi longtemps qu'ils persisteront dans leur malheureuse obstination, faites peser sur eux la formule de l'excommunication, jusqu'au jour où ils se seront séparés en acceptant la sentence publique, et qu'alors seulement, corrigés par la crainte, vous leur accordiez la réconciliation⁴¹. »

L'affaire ne finit pas là. Le coupable, au lieu de s'amender, s'en prit aux lenteurs de la justice ecclésiastique. Un diacre dut le conduire à Vienne. L'archevêque trouva bien sa protestation audacieuse, mais céda devant les sentiments de cet homme et permit que la seule sépa-

37. Le texte disait en effet H.-T. BRUNS, *op. cit.*, I, 71 : ἐξωθεῖσθω μέχρι θανάτου. L'édition de G. BEVERIDGE, *Digeste des canons de l'Eglise d'Orient*, ajoute : μὴ πειθομένη λύσαι τὸν γάμον. Mais cette partie du texte est une interpolation, nous verrons pourquoi dans la suite. Saint Avit répond, *Corr.*, *op. cit.*, p. 151 : « Oportet ergo hominem, maritum duarum siliscet germanarum, non irrevocabili anathemate percuti, sed propositis observationibus interim ab ecclesia sequestrari. » Les premiers mots : « Irrevocabili anathemati percuti » visent le *lugere* de la lettre de Victure. Le *sequestrari* pourrait viser le mot *sequestratio* de la lettre, que nous avons traduit par excommunication temporaire, mais le doute est possible. On peut, en effet, imaginer qu'il y a des degrés dans l'excommunication. Le *lugere* représenterait l'anathème. Les distinctions peuvent se reconnaître encore dans des textes de DOM MARTÈNE, *De Antiq. Eccl. ritibus*, III, chap. IV.

38. Cette expression employée par BEVERIDGE, dans le *Digeste des canons de l'Eglise d'Orient*, nous paraît mériter l'attention pour l'époque que nous étudions. Si elle est vraie dans maints textes grecs, elle est vraie ici. Elle explique même le développement de la législation disciplinaire de l'Eglise qui a fini par l'admettre seule, par application du principe qu'il n'y a pas de peine définitive.

39. Saint Avit, lettre XV, U. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 151. « Sufficiat impune bacchatum longo tempore crimen incesti. » Victure semble avoir pensé à une prescription. Aurait-il songé à la prescription de cinq ans applicable aux délits de stupre et d'adultère ?

40. U. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 151 : « Sed merito censetur separatio legitima ubi extitit conjunctio criminosa... Nihil hic quasi timore divortii dubitetis. »

41. La procédure est la suivante : 1° Pas d'excommunication définitive ; 2° Mais *separatio legitima* ;

3° Si... *persistunt, votum excommunicationis* ;

4° *Donec a consortio criminali... publica penitentia professione deciscant* ;

5° *Et tunc, miserantibus vobis, ad timoris ex correctione exemplum gratiam reconciliationis accipiant.*

ration des époux sanctionnât leur faute ⁴². Il devait faire une promesse garantie par des cautions ⁴³. On le relèverait de sa pénitence dès qu'il manifesterait la volonté de ne plus revenir à son ancienne faute ⁴⁴.

Ces lettres nous donnent donc d'utiles compléments sur la sanction des unions incestueuses, à l'époque du concile d'Epaone. A côté de ce que nous a enseigné le canon 30 du concile, nous pouvons ajouter la sanction du canon 2 de Néocésarée dont les effets trop rigoureux sont habilement corrigés par la finale du texte de saint Avit.

Cette manière de procéder n'était pas le fait du seul archevêque de Vienne. Saint Césaire partageait ce point de vue ⁴⁵ qui était généralement répandu, comme on peut le voir dans le procès canonique fait à Etienne, financier du roi Sigismond, contre qui deux conciles furent tenus ⁴⁶.

42. U. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 152 : « *Seculus est ergo, ut indicastis, filium nostrum diaconum Vincomalus, quem Deus tribuat ut in bono vincat malum. Vidi hominem nimie crudum, cuius miseriae constat vix quemquam posse misereri... Sufficiat censurae vestrae separatio personarum, scindatur infelix conjugium innocentiore divortio.* » L'attitude de Vincomalus ne devait pas aggraver son cas. L'excommunication ne pouvait sanctionner même ses protestations contre la justice ecclésiastique. Grégoire le Grand ne devait-il pas reprocher à Januarius, évêque de Cagliari en Sardaigne, de soulager son ressentiment au moyen de cette sanction canonique ? Cf. *Regest. Gregorii*, P. EWALD, *M. G. H.*, I, p. 149.

43. U. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 153 : « *Ipsis fidejussoribus emendatio seculara credetur.* »

44. U. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 153.

45. En ce qui concerne l'excommunication, Césaire d'Arles se faisait une règle de n'user de cette sentence qu'avec une extrême circonspection, même dans les cas où son emploi pouvait paraître légitimé par les canons des conciles, de peur d'en émousser la force en la maniant trop souvent. Cf. A. MALNORY, *op. cit.*, p. 73 et les textes de Césaire lui-même : sermons 229, 4 ; 288, 2 ; 289, 5, en appendice aux œuvres de saint Augustin, de la congrégation de saint Maur. Cette politique de l'excommunication fut aussi celle de saint Grégoire qui ne refusait pas la consolation du viatique à ceux qu'il avait excommuniés. Lettre à Amos, patriarche de Jérusalem, *in fine*, *M. G. H.*, EWALD-HARTMANN, II, p. 9. Il y a d'autres exemples : II, p. 58, lettre à Jean, évêque de Syracuse.

46. On discute depuis MANSI pour savoir si nous possédons les deux conciles qui furent réunis contre Etienne, le canon I du concile de Lyon dit en effet, *Herato*. Mais il est probable que les actes de ce premier concile ont été perdus. On ne peut songer à voir dans le canon 30 du concile d'Epaone la

Quand nous avons étudié le canon 10 du concile d'Orléans, il nous a fallu conjecturer la sanction ; nous la connaissons après la lettre de Victure à Avit. Et nous remarquons l'humanité des Eglises méridionales qui admettaient difficilement une excommunication définitive jusqu'à la mort, selon l'expression de Néocésarée. On ne voulait pas la mort du pécheur, mais son salut, et l'excommunication frappant l'incestueux devenait une peine temporaire.

SECTION II. — FUSION DES DISCIPLINES FRANQUE ET BURGONDE.

En 543, le royaume burgonde fut conquis par les Francs, L'événement devait avoir un retentissement considérable dans l'histoire que nous étudions : il prépara la fusion des disciplines franque et burgonde.

Les conciles d'Orléans et d'Epaone avaient légiféré, l'un, pour le royaume franc, l'autre, pour le royaume

première sanction contre Etienne, elle était trop générale et ne pouvait viser une espèce seulement. La vie de saint Appollinaire qui nous fait connaître le concile dit : « *Itaque accidit ut quidam ex officio regis Sigismundi qui super omnem dominationem fisci eius principatum gerebat defuncta eius conjuge, sororem uxoris suae inlicitè coniugii consortio copularet. Qua de re sancti Avitus et Apollinaris synodalem institutionem servantes, cum reliquis pontificibus simul in unum congregati ipsum Stephanum sacra communione privari sanxerunt, ut calchata scilicet humanae fragilitati impudicita incestum quod iusticia superna damnavit inhonesta praesumptio non audeat vindicare.* » Vit. Boll. AA. SS. Oct., III, p. 60. Il y a, à propos de ce texte, dans les AA. SS. une note sur les mots *iusticia damnata superna* remarquant qu'il s'agit de Droit ecclésiastique et non de Droit divin. Mais il est certain que les Pères du concile de Lyon ne le pensaient pas, fondant la défense sur un texte du Lévitique dont nous avons montré le sens primitif. La remarque a cependant un sens pratique que l'on imagine, c'est que, s'il s'agit de Droit ecclésiastique, le pouvoir qui l'a établi peut accorder dispense. Mais l'histoire de Vincomalus que nous rappelions tout à l'heure montre clairement que saint Avit ne se croyait pas autorisé à dispenser, sans quoi il l'eût fait pour cet homme qui lui parut malheureux et que pouvait justifier l'ignorance de la loi canonique. Cf. PICTLER, liv. IV, tit. 14, § 2, n° 27, ad VI.

A propos d'Etienne, le second concile, menaçant le roi, dit : « Si le roi veut sortir de la communion des prêtres », comment convient-il d'interpréter cette menace ? est-ce une mesure politique ? Ou bien les prêtres sont-ils essentiellement l'Eglise ? Il faut y voir une formule inexacte d'excommunication.

burgonde. Le premier, rudimentaire, s'en prenait uniquement à l'affinité collatérale, à l'empêchement de mariage entre beau-frère et belle-sœur. Le second, plus large, était, dans un raccourci assez précis, l'énumération des empêchements de consanguinité et d'affinité.

Il y eut, d'abord, pénétration graduelle du canon 30 du concile d'Epaone dans les conciles francs, puis, les évêques reconnurent la légitimité des sanctions bienveillantes de saint Avit de Grenoble. Ce second point fit difficulté, comme nous l'apprendront les textes de l'époque.

A. Influence du canon 30 d'Epaone pour les cas d'empêchement.

Le premier pas fut fait à Orléans, en 533, plus de quinze ans après le concile d'Epaone⁴⁷. Le concile fut réuni là, par ordre des trois fils de Clovis, Childeburt, Clotaire et Théodoric. Les métropolitains de Bourges, Sens, Eauze et Vienne, ainsi qu'un grand nombre d'évêques venus de toutes les provinces du royaume, y assistaient.

Le concile devait s'occuper des empêchements de mariages. Le canon du premier concile d'Orléans n'était pas assez précis, et les mœurs des Germains n'étaient pas assez conformes aux lois de l'Eglise pour que la matière pût échapper à un concile qui se préoccupait d'incidence de législation ecclésiastique⁴⁸.

« Que personne ne s'unisse charnellement à sa *noverca*, c'est-à-dire, la femme de son père, si quelqu'un l'ose, qu'il

47. Cf. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 63 c. 10; HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. II, 2^e p., p. 1132.

48. Le concile se réunit le 23 juin 533 par ordre des rois Clotaire, Childeburt et Theodoric pour veiller à l'observation des lois catholiques, HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. II, 2^e p., p. 1131... « Quæ Deo propicio in posterum sint observanda, ex veterum canonum auctoritate conscripsimus. » MAASSEN, *op. cit.*, p. 62.

sache qu'il doit être frappé de la peine de l'anathème ⁴². »

Si, maintenant, nous comparons ce texte à celui du premier concile d'Orléans, nous constatons la mention d'un cas nouveau d'empêchement et la substitution du mot *anathema* à l'expression *ecclesiastica districtione*.

On peut se demander pourquoi le cas de la *noverca* est introduit ici, de préférence aux autres défenses. C'est que le concile eut à juger une union incestueuse et que nous nous trouvons devant une solution d'espèce. Les évêques des Eglises méridionales tranchèrent le cas, en invoquant un texte qui leur était familier, et ils firent entrer leur décision dans les dispositions du concile, sous la forme d'une défense de mariage avec la *noverca* ⁵⁰.

Le terme d'*anathème* employé pour désigner la sanction définie dans le canon mérite quelques observations. Il représente une peine d'une gravité toute spéciale ⁵¹.

Le mot était déjà connu. Cité, dès l'année 529, au canon final du concile d'Orange, il impliquait un châtiment surnaturel, en vouant à Satan ceux qui, par leur mau-

49. MAASSEN, *op. cit.*, p. 63 : « Nullus novercae suae, id est uxore patris sui, ulla copulatione iungatur. Quod si qui presumpserit, noverit se anathema supplicio feriendo. » La note 2 de F. MAASSEN renvoie au concile d'Épaône, canon 30, sans qu'il soit possible de remarquer une parenté réelle entre les textes. Il n'y a que la défense d'épouser la *noverca*. Ce crime, dans la plupart des législations civiles que nous avons citées, juive ou romaine, était puni de mort ; l'anathème invoqué à la fin du canon est peut-être la traduction canonique de cette rigueur.

50. Les conciles, on le sait (le cas d'Étienne à la cour de Sigismond en est une preuve manifeste) étaient organisés en tribunaux jugeant les espèces que les évêques n'avaient pu trancher définitivement à leur audience. H. BARON, *Das fränkisch-deutsche Synodalrecht des Frühmittelalters*, 1931, p. 146 à 148.

51. Le mot est grec ; il vient des canons des plus anciens conciles. Cf. P. HINSCHIUS, *System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland*, 1886, t. IV, p. 702, n. 7, 8, 9. Le mot avait été employé à Saragosse, en 380, canon 2, et à Carthage, en 387, can. 8. Il était connu, avec ce sens d'excommunication définitive, à Arles (Concilium Arausicanum, anno 529) ; F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 52, tenu sous la présidence de saint Césaire d'Arles. Cf. A. MALNORY, *Saint-Césaire*, p. 162. Cf. *Dictionnaire de théologie catholique*, VACANT et MANGENOT, V° *Anathème*. Il semble que cette distinction de l'anathème et de l'excommunication, soit exclusivement franque.

vaie conduite, s'étaient détachés du reste des fidèles ⁵². Le concile de Tours de 567 devait, plus tard, quand l'expérience eut appris le danger de ces sanctions sans remède, souligner la différence à établir entre l'excommunication et l'*anathème*, pour mieux montrer la gravité de cette dernière censure ⁵³. Il est dit, au canon 25 :

« Ceux qui, à l'occasion des guerres, commettent des vols de biens d'Eglise, seront, non seulement excommuniés, mais anathématisés. »

A Valence, en 585, le mot était accompagné de l'adverbe *perpetuo* ⁵⁴.

Après la triple monition, les imprécations du clergé et la récitation du psaume 108 qui vouait à une perpétuelle malédiction le pécheur, de qui la prière devenait elle-même un péché, on prescrivait aux chrétiens de ne plus l'approcher, de ne plus le saluer, à plus forte raison de ne pas manger à sa table ⁵⁵. Saint Avit avait déjà parlé de cette terrible formule dans sa lettre à Victure, au sujet de Vincomalus qui vivait avec sa belle-sœur et qui avait été publiquement dénoncé au tribunal de l'évêque ⁵⁶.

*
**

Le concile de Clermont de l'année 535 fit faire à la discipline franque un progrès plus grand encore. Au

52. Il rappelle alors l'*anathème* de Paul avec ses effets surnaturels. Cf. P. HINSCHIUS, *op. cit.*, t. IV, p. 702.

53. Can. 25 (24) : « *Ut non solum excommunicis sed etiam anathema moriatur et coelestii gladio feriatur* »; P. HINSCHIUS, *op. cit.*, t. IV, p. 800, n. 6.

54. MAASSEN, *op. cit.*, p. 163, : « *Anathema perpetuo iudicii divini pleciatur*. » De même qu'à Paris, can. V du concile de 556 à 573, « *In perpetuo anathema feriatur* »; P. HINSCHIUS, *op. cit.*, p. 796, n. 6 et p. 800, n. 6; F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 144.

55. Le canon 24 du concile de Tours indique nettement la procédure détaillée.

56. Saint Avit avait écrit : « *Non irrevocabili anathemate perculti, sed propositi observationis* (les monitions) *interim ab ecclesia sequestrari* »; U. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 15.

canon 12, on incorpora délibérément toutes les prescriptions du concile d'Epaone ⁵⁷.

« Si quelqu'un ose violer par le contact charnel, la veuve de son frère, la sœur de son épouse, sa belle-fille, sa *conso-brina* ou sa *sobrina*, la veuve de son oncle paternel ou maternel, il enfreint, par une audace sacrilège, l'autorité de la loi divine et les droits de la nature... Ennemi des siens et de la pudeur, il a tenté de porter violence sur celle à qui il devait témoigner les consolations de la charité et de la pieuse affection. Qu'il soit frappé de la sentence de la constitution apostolique, et, tant qu'il demeure dans un tel crime, qu'il soit privé de la société et de la table des chrétiens et de la communion de notre mère l'Eglise. »

On reconnaît là les prohibitions du concile d'Epaone. La *privigna* seule n'est pas à la place qu'elle y occupait, et une seule sanction s'applique à tous les incestueux cités.

Le concile d'Epaone est définitivement entré dans la législation franque ⁵⁸.

Il est assez difficile, par contre, de déterminer le sens des mots : « *Apostolicae constitutionis sententia feriatur.* » F. Maassen retrouve là le souvenir des canons 11 et 14 de la décrétale de Sirice adressée aux Gaulois, que nous avons étudiée plus haut ⁵⁹. Mais si l'on observe de près ces textes, on constate que la consultation romaine ne prescrivait pas la moindre sanction contre les incestueux qu'elle condamne. Le canon 11 rappelle bien une

57. MAASSEN, *op. cit.*, n. 68, l. 3 : « *Si quis relictam fratres, sororem uxoris, privignam, consubrinam subrinam, relictam idem patui adque abonculi carnalis contagii credederit consortio violandam: et ausu sacrelego auctoritatem divinae legis ac jura naturae perruperet et cui caritatis ac pii affectus solacia exhibere debuerat, suorum hostis ac pudicitiae expugnatur vim inferre temptaverit, apostolicae constitutionis sententia feriatur et quam diu in tanto versator scelere a cristeano coetu adque convivio vel ecclesiae matris communione privabitur.* » Cf. J. FREISEN, *op. cit.*, p. 443; P. HINSCHIUS, *op. cit.*, p. 798 n. 2.

Séparation de la communion ecclésiastique, excommunication par conséquent, mais non anathème, nous y reviendrons.

58. La ville choisie pour ce concile était déjà une preuve de la fusion des disciplines. Cf. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. II, 2^e p., p. 1140.

59. MAASSEN, *op. cit.*, p. 68, n. 2 : *Synod. Rom. sub Siricio vel Innocentio I hab.* Cf. MAASSEN, *Quellen*, I, p. 242, on se souvient qu'il ne s'agit pas d'un concile mais d'une décrétale de Sirice, probablement. Cf. H. GETZEN, *Stil und Form der ältesten Papstbriefe*, 1922.

malédiction du Lévitique, mais ne paraît pas la reprendre à son compte. Bien mieux, il marque que, sur certains points, l'autorité de l'Ancien Testament tombe devant la Loi nouvelle ⁶⁰. Le canon 14, de son côté, comporte bien une peine, mais elle ne vise que le prêtre, puisqu'elle est la perte du *sacerdotium*, prévue au canon 19 des Apôtres ⁶¹.

Il nous semble que le texte du concile de Clermont est beaucoup plus général et vise toute union incestueuse. Il serait, sans doute, plus exact d'y reconnaître une allusion aux passages de saint Paul relatifs à l'excommunication, et notamment à la formule que l'Apôtre prononça contre l'incestueux de Corinthe. Ainsi s'expliquerait le terme d'apostolique employé par le canon, l'idée de séparation du pécheur et la défense de tout contact avec lui ⁶².

Le concile de Clermont nous donne, dans ce canon, les empêchements de mariage que nous avons indiqués dans la lettre de saint Ambroise à Paternus. « Le coupable, dans une audace sacrilège, méprise les lois de l'Écriture et les droits de la nature », disent les Pères, dans une double allusion aux textes du Lévitique et aux lois romaines reposant sur le Droit naturel ⁶³. La remarque n'en sera pas perdue.

*
**

Le concile de Clermont avait été un progrès, mais ses prescriptions furent sans effet.

60. Cf. DOM COUSTANT, *op. cit.*, col. 694 : « *Tamen propter virilem generationem Legis constitutio imperabat hoc fieri a viro, de feminis nusquam est lectum sed forte praesumptum.* » La malédiction est : « *Maledictus qui cum uxoris suae sorore dormierit* », Lévit. 18.

61. Can. 11, eod. loco, col. 696 : « *Privandus est sacerdotio.* » C'est le canon 19 des apôtres, F. LAUCHERT, *op. cit.*, p. 3.

62. PAUL, *Corinth.* II. Il faut observer aussi que le canon 15 du concile de Clermont parle d'excommunication : « *Ab ecclesiae catholicae communione pellatur* » pour un délit qui, à Tours, valait une peine d'anathème. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 68, l. 12; P. HINSCHIUS, *op. cit.*, p. 798, n. 2.

63. Le Code théodosien portait, en effet, des lois de la nature comme le canon lui-même. C. th., III, XII, *Const.* 4.

La fusion des disciplines franque et burgonde n'alla pas sans de sérieuses difficultés.

En ce qui concerne la sanction des mariages incestueux, les Francs avaient à choisir entre les dispositions rigoureuses du second canon de Néocésarée et la pratique plus clémentine des Eglises méridionales de Gaule. L'alternative se posa dans un cas concret, à Aubin, évêque d'Angers.

Les circonstances méritent d'être rapportées. C'est Fortunat qui nous les apprend, dans le récit de la vie du saint évêque⁶⁴. Il avait excommunié un incestueux de sa cité. Un certain nombre d'évêques, jugeant son intervention sévère, le priaient d'accorder sa réconciliation au coupable. Aubin refusait. Ses collègues eurent recours à un ordre formel pour l'obliger à cet acte d'humanité. Mais, au moment où les évêques présents bénissaient les eulogies⁶⁵ qui devaient servir à la cérémonie de la réconciliation, Aubin, en faisant sur elles le signe de la Croix, déclara au clergé qui l'entourait, que Dieu saurait bien défendre sa cause puisque son évêque était contraint de l'abandonner. C'est ce qui arriva. Avant que l'excommunié ait reçu les eulogies, il mourut.

Comment convient-il d'interpréter ce récit⁶⁶ ?

Aubin d'Angers, en désaccord avec les évêques, ses collègues, ne pouvait songer à introduire une défense nouvelle de mariage, alors que les décisions conciliaires

64. Cf. la *P. L.* de MIGNE, *ead. loc.* Les auteurs de l'*Histoire littéraire de la France* ont fixé ce temps parce qu'il est question des funérailles de la reine Radegonde qui eurent lieu en 587, tome III, p. 477 et qu'il en est question dans Grégoire de Tours, *De Gloria confessorum*, ch. 96.

65. *Dict. d'Archéologie catholique et de Liturgie*, v° *Eulogies* ce sont des aliments qui, après bénédiction, sont donnés aux fidèles en signe de communion et de paix. On les employait avec ce dernier sens dans la cérémonie de la réconciliation de l'excommunié.

66. A. MALNORY écrit à ce sujet, *op. cit.*, p. 164 et suiv., qu'Aubin aurait eu des remords d'avoir cédé aux objurgations de ses collègues sur un cas de mariage incestueux pour lequel il avait excommunié un grand de son Eglise. Nous ne croyons pas à l'exactitude de cette remarque qui n'est nulle part suggérée par les textes qui témoignent de cet incident.

étaient à peu près unanimes. Les canons d'Epaone, connus partout, avaient décidément limité les cas. Les conciles de Clermont et d'Orléans avaient littéralement admis ses décisions.

Le débat ne pouvait porter que sur la sanction. Aubin avait prononcé l'anathème qui prévoit une impossibilité absolue de rentrer dans la société des fidèles, jusqu'à la mort, disait Néocésarée. Ses collègues, devant le repentir et les bonnes mœurs de l'incestueux si lourdement frappé, invoquaient la pratique des Eglises méridionales, et leur raison triompha ⁶⁷.

Aubin fit le voyage d'Arles ⁶⁸. Il voulait consulter Césaire, l'âme du Droit canonique de l'époque.

Cet incident n'est d'ailleurs pas le seul que nous puissions rapporter sur ce sujet.

En 358, le roi Théodebert, après un affront public que lui avait fait Nicétius, évêque de Trèves, envoya Modéric à Rome, auprès du Pape Vigile, pour une consultation dont le but est connu. Il s'agissait de déterminer la peine de celui qui épouse les deux sœurs. La sanction des textes canoniques est manifeste. C'est l'excommunication à vie de Néocésarée, ou l'excommunication limitée à la durée de l'union coupable, selon les Eglises de Vienne et d'Arles. L'évêque de Trèves, Nicétius, était pour la première interprétation au moment où se déroula l'incident ⁶⁹.

Grégoire de Tours nous rapporte, en effet, que l'an-

67. On se souvient, en effet, de l'opinion de saint Avit et de Césaire d'Arles. On pourrait trouver, dans Grégoire de Tours, beaucoup de cas où l'excommunication, si grave soit-elle, et malgré les lois précises, est cependant guérie par la pénitence. Cf. *Ds.* tome II du *Recueil des historiens de la Gaule*, la préface de DOM RUINART aux œuvres de Grégoire de Tours, n. 98.

68. Sur ce voyage et les interprétations auxquelles il a donné lieu, cf. A. MALNORY, *Saint Césaire d'Arles*, Paris, 1899, p. 162. Cf. la *P. L.* de MIGNE, tome 88, col. 485 et suivantes; HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. II, 2^e p., p. 1156.

69. Cf. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. II, 2^e p., p. 1156, où Nicetius est représenté comme l'importateur de la doctrine de saint Césaire d'Arles dans le royaume d'Austrasie.

née de la mort de Théodoric, Théodebert se trouvant un jour à Trêves avec sa suite, se rendit à la messe ⁷⁰, que l'évêque Nicétius célébrait. Après les *lectiones* et l'offertoire, se retournant vers les fidèles, l'officiant pria les excommuniés, au nombre desquels il y avait des incestueux, de quitter l'église. Il alla même jusqu'à refuser de continuer la cérémonie s'ils ne le faisaient. Personne ne sortit. C'est alors qu'un jeune homme, quittant sa place, s'en prit au roi à qui il dit de dures vérités, en même temps qu'il exaltait les vertus de Nicétius. Le roi, troublé, invita tous ceux qui avaient été l'objet d'une sentence d'excommunication de la part de l'évêque, à quitter l'église. Ce qu'ils firent pendant que le saint évêque chassait à son tour le jeune homme opportunément bavard. Le sacrifice s'acheva, mais l'affaire ne finit pas là ⁷¹.

On imagine le mécontentement du roi. Il convoqua l'archevêque de Reims, Mappinius, pour lui demander compte d'un incident que le miracle n'avait sans doute pas complètement justifié à ses yeux ⁷². Celui-ci s'excusa auprès du roi, prétendant tout ignorer de cette affaire, et ne pouvant, dès lors, en donner raison, mais il écrivit sans retard à Nicétius qu'il existait plusieurs sortes d'excommunications et qu'il aimerait connaître dans le détail quelle avait été son attitude ⁷³.

On ne put cependant se mettre d'accord, et Modéric

70. GRÉGOIRE DE TOURS, *Vitae Patrum*, P. L. de MIGNE t. 71 col. 1089, chap. XVII, § 11.

71. GRÉGOIRE DE TOURS, *loc. cit.*, «*Advenit dies dominicus, ecce rex cum his qui ab hoc sacerdote communioni abesse iussi fuerant ecclesiam ingressus est.. Dicebatque Episcopum castum regem adulterum.* »

72. C'est ce que nous apprend la lettre de Mappinius envoyée à Nicetius et publiée par RUINART en appendice à son édition de Grégoire de Tours. Cf. P. L. de MIGNE, *loc. cit.*, col. 1165.

73. P. L. de MIGNE, t. 71, col. 1165.

dut porter à Rome le procès. Les qualités de laïque et de *vir illuster* donnaient toutes garanties au roi ⁷⁴.

Voici ce qui lui fut répondu : Une telle faute (union avec les deux sœurs, qui devait être celle d'un des membres de la suite du roi), exige un grand repentir du cœur. Mais pour ce qui est de la durée qu'il faut donner à la pénitence, il faut décider selon l'usage provincial. Consultez Césaire d'Arles, au courant des mœurs germaniques, les prêtres romains n'entendent rien à cette affaire. Césaire dira s'il y a nécessité d'une pénitence, et le temps qu'il faut lui consacrer avant de mériter une réconciliation. La seule chose qu'on puisse vous assurer, c'est qu'il est impossible de revenir à une union si coupable ⁷⁵.

Que dut répondre Césaire à Modéric, qui, rentant dans son pays, eut avec lui l'entrevue que le Pape Vigile avait conseillée. Il dut prendre le texte du canon 30 d'Epaone, et en expliquer les termes à l'ambassadeur de Thodebert ⁷⁶ ; ce roi et son frère, Childebart, réunirent, en mai 583, un concile à Orléans ⁷⁷ et le canon 11 ⁷⁸ de cette assemblée va nous permettre d'apprécier les

74. Ce Modéric devait être probablement fils d'Ansbertus, *vir senatoriae dignitatis*, et de Blithildem, fille de Clotaire. Cf. le moine HARIULF, l. II, ch. I. Il devint évêque par la suite et mérita ce vers tiré d'un poème sur l'origine des carolingiens :

« Iuris apostolici culmen sublimiter ornans. »

DOM BOUQUET, *op. cit.*, III, p. 678 d.

75. MANSI, *ampl. collec.*, IX, 9. « Et de temporis observatione non omittat instruere et ne ulterius tale aliquid praesumatur, instanter exposcat. Illud quam maxime praecavendum ut nec ipse qui hoc noscitur admisisse ad eosdem vomitus revertetur, sed divisim habitationibus commanentur ab omni suspicione commissi facinoris reddant immunes. » On a reconnu l'allusion au concile de Nicée, can. 12.

76. Une preuve que ce concile était conservé dans la bibliothèque de Césaire d'Arles, est que plus tard, dans une collection dont l'origine a pu être recherchée à Arles, le texte du concile d'Epaone se trouve rapporté, joint il est vrai, au texte d'un concile d'Arles, mais amputé du mot *sobri-nave*.

77. Cf. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. II, 2^e p., p. 1156. Sur ce concile d'une importance particulière cf. A. MALNORY, *op. cit.*, p. 162, 163.

78. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 76, can 11 : « De incestis coniunctionibus ita quae sunt statuta servantur, ut his qui aut modo ad baptismum veniunt aut quibus patrum statuta sacerdotali praedicatione in notitiam antea non vene-

résultats de la mission en nous donnant la législation canonique, tant au point de vue de l'étendue de l'empêchement qu'au point de vue de la sanction.

Malgré des apparences bienveillantes à l'égard de ceux qui viennent de recevoir le baptême ou qui n'ont pas connu, par la prédication sacerdotale, les décrets des synodes antérieurs, le concile décide que :

« A l'avenir, tout ce qui a été interdit dans les canons antérieurs, au sujet des mariages incestueux, sera observé. »

Le concile énumère ensuite les mêmes parents que le canon 30 du concile d'Epaone. Celui qui viendrait à enfreindre ces défenses sera excommunié aussi longtemps qu'il ne sera pas séparé de sa parente. Dans chaque cité où une union de ce genre aura été perpétrée, l'évêque aura tout pouvoir de décider si ce mariage a été contracté par ignorance ou a été fait en pleine connaissance des prohibitions⁷⁹. Il convient de venir au secours de ceux qui se sont trompés. Les autres s'exposent à la sanction écrite dans les canons, et on ne les recevra dans l'Eglise que s'ils ont d'abord guéri leur faute, par la séparation. Les malédictions du Deutéro-

runt ita pro novitate conversationis hac fidei suae credimus consolendum ut contracta hucusque huiusmodi conjugia noni solvantur, sed in futurum quod de incestis coniunctionibus in anterioribus canonibus interdictum est observetur, id est, ut ne quis sibi coniugii nomine sociare praesumat relictam patris, filiam uxoris relictam fratris, sororem uxoris, consubrinam aut subrinam, relictam avunculi vel patrui. Quod si quis in hoc incesti adulterio potius quam coniugio fuerint sociati, quamdiu se non sequestraverint a communione ecclesiastica repellantur. »

79. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 76. « Illud quoque adjiciendum esse credidimus ut in episcopi discussione consistat de his qui in civitate sua hac territorio consistunt et tali sunt ordine sociati, utrum ignoranter ad illicita conjugia venerint an per contumaciam quae sunt interdicta, praesumpserint; quia sicut his qui per ignorantem lapsi sunt, subvenitur, ita illis, quibus prius patrum statuta in notitia venerunt, quique etiam contra sacerdotum interdicta in talis permixtione versantur, priorum canonum in omnibus statuta servantur, ut non prius in communione recipiantur quam incesti adulterium sicut spiritu est, separatione sanaverint quia in lege Domini manifeste legitur : Maledictus qui dormierit cum uxore patris sui, cum privigna vel sorore uxoris suae et reliqua his similia. Quo fit ut, quos Deus maledixit, non nisi emendatos benedicere non possimus. »

nome qui sont celles mêmes de Dieu, ne permettent pas une réconciliation, si elle n'est précédée de la correction.

On voit, de plus en plus clairement, les dispositions d'Epaone s'imposer, dans leur forme même, aux délibérations des évêques francs, et avec elles, les sanctions en usage dans l'Eglise de Vienne.

SECTION III. — LE POUVOIR SÉCULIER S'UNIT AU POUVOIR RELIGIEUX POUR LA RÉPRESSION DE L'INCESTE.

L'unification des disciplines franque et burgonde prépara l'action concertée des pouvoirs religieux et séculier, contre les incestueux.

Les conciles ne parvenaient pas à faire respecter leurs canons. En 541, à Orléans, on décida d'appliquer rigoureusement les sanctions prévues antérieurement⁸⁰, et les prêtres durent se réunir de recueils des textes conciliaires où toutes les défenses étaient réunies⁸¹.

Le canon 22 du concile de Tours de l'année 567 semble faire un recueil de ce genre en moissonnant les textes épars susceptibles de combattre le double excès de ceux qui veulent dépasser les canons et de ceux qui refusent de s'y soumettre⁸². Il suffit, dit le concile, de suivre les règles anciennes, mais il faut les suivre. On décida même de ne plus admettre l'excuse de l'ignorance.

80. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 93, can. 27, concile d'Orléans, 541 : « De incestis conuinctionibus id statuimus observandum ut si quisquis post synodem aurelianensem ante hoc triennium constitutam illiciti thoriori iura praesumpserit, circa eum secundum statuta Epaunensium canonum a sacerdotibus ecclesiae severitas teneatur. »

81. F. MAASSEN, *Concilia*, p. 88; Orléans, 538, canon 6 : « Ut parrociani, clerici a pontificibus suis necessaria sibi statuta canonum legenda percipiant, ne se ipsi uel populi, quae pro salute eorum decreta sunt, excusent postmodum ignorasse. »

82. Concile de Tours, canon 22. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 131 : « De incestis vero censuimus statuta canonum vetera non irrumpi, satis enim facimus. si in hac parte statuta prisca servemus. sed propterea fuit iterare necessarium, quia dicunt plures, quasi quod precessorum neglegentiam sacerdotum illis non fuisset apertum. »

Il est inutile de recomposer ici, après les évêques réunis à Tours, l'épitomé qu'ils rédigèrent alors, des textes du Lévitique ⁸³, du Deutéronome, de l'*Interpretatio* du Code théodosien ⁸⁴, des conciles d'Orléans et de Clermont, que nous avons représentés comme les étapes successives de la formation d'une liste canonique des empêchements de mariage. Retenons seulement la formule finale qui enveloppe l'excommunication, de textes empruntés à la première lettre de Paul aux Corinthiens ⁸⁵.

Dans le sud de la Gaule, des unions incestueuses se faisaient encore. Au concile de Lyon ⁸⁶, en 583, il fallut rappeler les défenses. Dans le même royaume de Gontran, à Mâcon, deux années plus tard, les Pères du concile s'impatientèrent ⁸⁷ :

« L'Eglise catholique rejette et abomine l'union incestueuse où les lois ne reconnaissent ni conjoint ni mariage, et elle menace de peines graves ceux qui méprisent, dans l'ardeur de la passion, leur degré de parenté *in merda quod nefas est, sua ut sues teterrimi convolvuntur*. »

Les termes les plus crus ne touchaient pas les Barbares. Aussi, toutes les occasions étaient bonnes, pour rappeler leur attention défaillante. L'évêque d'Auxerre, Aunacharius, qui assistait aux délibérations du concile de Mâcon, s'empressa de promulguer les décisions de cette assemblée dans un synode diocésain dont la date est inconnue ⁸⁸.

83. *Levitique*, 18, 5, 18, 20.

84. *C. th.*, III, 1, 2, 3 *Interp.*

85. *I Cor.*, 4, 21; 5, 5, 11.

86. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 154, can. 4 : « De incestis vero coniunctionibus hoc placuit custodiri, quod prisca canonum statuta sanxerunt. »

87. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 171, canon 18 du concile de Mâcon. « Incestam copulationem, in qua nec coniunx nec nuptiae recte appellare legis sanxerunt, catholicam omnino detestatur atque abominatur ecclesiam et gravioribus penis eos afficere promittit, qui natiuitatis suae gradus libidinoso ardore contemnentes in merda quod nefas est, sua ut sues teterrimi convolvuntur. » Sur l'origine de cette expression, cf. la lettre de Sirice à Himère de Tarragone, DOM COUSTANT, *Epist. Pont. Rom.*, t. I, col. 628.

88. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 182 : « 27. Non licet ut aliqui suam novercam accipiat uxorem; 28. Non licet ut filiam uxori suae quis accipiat; 29. Non licet ut relictam fratris sui quis in matrimonio ducat; 30. Non licet

Tant de peines trahissent la persistance invincible des mœurs incestueuses. Contre elles, le roi s'associa au clergé. L'excommunication ne suffisait pas; les textes romains allaient offrir une sanction décisive : la peine de mort.

Le roi ne pouvait se désintéresser absolument des affaires religieuses. Les conciles ne se tenaient pas sans son assentiment. Le Pape l'invitait à seconder l'action du clergé. Ainsi Pélagé, en 566, invita Childebert à veiller sur les Chrétiens, comme Grégoire le Grand, plus tard, devait rappeler à Brunehaut, sa mission de souveraine ⁸⁹. Enfin, en 596, Childebert II légiféra sur les incestueux ⁹⁰, inaugurant une phase nouvelle dans l'histoire des empêchements de parenté.

Cette intervention fut brutale. Le roi punit de mort le fils qui souillerait le lit de son père, celui qui épouserait la sœur de sa femme, celle qui épouserait le frère de son précédent mari. La peine de mort devait s'appliquer avant même que l'évêque n'ait fait les monitions préparatoires à l'excommunication.

Contre les autres incestes ⁹¹, on emploiera une procé-

duas sorores, si una mortua fuerit, alteram in coniugio accipere; 31. Non licet consobrinam, hoc est, quod de duos fratres aut de dua sorores procreantur, in coniugium accipere nec qui de ipsis nati fuerint, in coniugio socientur; 32. Non licet ut nepus aunculi uxorem accipiat. »

89. MANSI, *op. cit.*, t. IX, p. 728; E. LOENING, *op. cit.*, t. II, p. 25. GRÉGOIRE, *Épître*, IX, 2, à Brunehaut, octobre 598.

90. « Ita, Deo propitiante, Anton eo Kalendas Marcias anno vicesimo regni nostri... Hoc convenit una cum leodos nostros : decrevimus ut nullus incestuosum sibi societ coniugio, hoc est nec fratris sui uxorem, nec uxoris suae sororem, nec uxorem patruo aut parentis consanguinei. Uxorem patris si quis acceperit, mortis periculum incurrat. De præteritis uero coniunctionibus, quae incestae esse videntur, per prædicationem episcoporum iussimus emendare. Qui vero episcopo suo noluerit audire et excommunicatus fuerit, perenni condemnatione apud Deum sustineat et de palatio nostro sit omnino extraneus et omnes res suas parentibus legitimis amittat qui noluit sacerdotis sui medicamenta sustinere » éd. A. BORETIUS, *M. G. H., Legum, sect. II, Capitalaria regum francorum*, t. I, p. 15.

91. Ce cas est visé au texte par le mot *præteritis*. A. BORETIUS, *op. cit.*, propose deux interprétations, p. 15, n. 2 : « Reliquis ? vel de incestuosis nuptiis iam initis ! » C'est la première, pensons-nous, qu'il faut choisir. Il y a, dès lors, deux catégories d'incestueux : 1° Ceux qui sont expressément désignés; 2° Ceux qui ne sont pas nommés, mais punis par les canons conciliaires.

dure différente. L'évêque interviendra le premier en préparant l'amendement des coupables, par des monitions, en le punissant même d'une excommunication comminatoire. L'incestueux récalcitrant sera exclu du service du roi, et ses biens passeront à ses successeurs légitimes.

Comment se fit cette discrimination ?

Elle fut l'œuvre d'un juriste qui déduisit de l'*Interpretatio* du Code théodosien, le châtiments de celui qui épouse sa marâtre.

Pour bien assurer la défense de mariage entre oncle et nièce, fille du frère, permise depuis Claude, dans le Droit classique, Constantin l'avait sanctionnée de la peine de mort. Honorius et Arcadius, revenant sur sa décision, abrogèrent cette constitution pour tous les incestueux sauf pour celui qui épouse sa marâtre⁹².

La peine de mort que le décret de Childebert prononce contre lui, est la sanction du Code romain théodosien. Les mots sont les mêmes. L'*Interpretatio* disait : « *Capitale periculum incursum* », Childebert écrit : « *Mortis periculum incurrat*⁹³. »

Par contre, la sévérité du roi à l'égard des mariages entre beaux-frères et belles-sœurs ne peut s'expliquer de la même façon. Elle est une mesure comminatoire de la défense à laquelle s'attache surtout l'Eglise mérovingienne, par respect pour les « anciens canons » de Néocésarée.

Toutes ces prescriptions sont cimentées dans des formules du Code théodosien. La privation des droits successoraux est exprimée dans les mêmes termes. Le Décret dit : « *Omnes facultates suas parentibus legitimis amittat* », l'*Interpretatio* disait : « *Nec ad illos quidquam ex eorum facultate sed ad legitimos heredes*⁹⁴. »

92. *C. th., op. cit.*, p. 152.

93. *C. th.*, III, 12, 1 ; Th. MOMMSEN et P. KRUEGER, *op. cit.*, t. II, p. 150 et A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 15.

94. Capit. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 15 ; *C. th.*, éd. MOMMSEN et P. KRUEGER, t. II, p. 154.

Des textes postérieurs, du concile de Paris de 614⁹⁵ et du concile de Reims, entre 627 et 630⁹⁶, nous montrent l'adaptation par le clergé, de la procédure contre les incestueux de la *Decretio Childeberti* et les moyens employés par les coupables pour frauder la loi.

Les incestueux qui, après les monitions, ne se sont pas soumis aux prescriptions canoniques, seront dénoncés par les évêques ou les prêtres, au roi ou à ses juges⁹⁷.

Mais, depuis la *Decretio*, les coupables avaient trouvé le moyen d'échapper aux lois. La sanction qui se révélait la plus efficace était l'ouverture de la succession de l'incestueux, au profit des héritiers légitimes. Aussi, le coupable, dès la monition de l'évêque, s'entendait avec ses héritiers présumés pour qu'ils lui restituent ses biens par la suite⁹⁸. Le roi lui-même avait prêté la main à des fraudes de ce genre⁹⁹. Les évêques décidèrent que, dorénavant, cette opération serait défendue.

Les peines n'étaient pas assez rigoureuses encore. Aussi, Dagobert II décida-t-il, en 630, dans la loi des Ala-

95. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 185; E. LOENING, *op. cit.*, t. II, p. 152; P. HINSCHIUS, *op. cit.*, III, p. 542, n. 3. Le texte est donné par F. MAASSEN, p. 130, can. 16 (14) : « Incectas uero coniunctiones ab omni Christianorum populo censueimus specialiter resecari, ita ut, si quis relicta fratris, sorore uxoris, privigna, consubrina uel relicta idem patruï atque avunculi uel in religionis habitu dedita coniugii crediderit consortio violanda, tamdiu a communione gratia segregetur, quamdiu ab illicitis coniunctionibus sequestratione manifestissima debeat abstinere. » J. FREISEN, *op. cit.*, p. 379.

96. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 202. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. I. La question du lieu du concile est discutée. La date n'en est qu'imparfaitement établie. Cf. MAASSEN, la préface qu'il a donné au texte, *op. cit.*, p. 202.

97. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 204, canon VIII : « De incestis coniunctionibus. Si quis infra prescriptum canonibus gradum incestuoso ordine cum his personis... se coniunxerit nisi poenitentiam sequestratione testentur. communione priuentur et neque in palatio militiam neque agendarum causarum licentiam habeant. Et quando predicti se incestuosi coniunxerint, episcopi seu presbiteri, in quorum diocesi uel pago actum fuerit, regi uel iudicibus scelus perpetratum adnuntient, ut, cum ipsis denuntiatum fuerit, se ab eorum communione aut cohabitatione sequestrent. »

98. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 204 : « Et res eorum ad proprios parentes perveniant sub ea conditione ut antequam sequestrentur, per nullum ingenium neque per parentes neque per emptionem ad proprias perveniant facultates, nisi prefati sceleris separatione poenitentiam fateantur. »

99. F. MAASSEN, *op. cit.*, p. 204 : « Neque per auctoritatem regiam.

mans, que les juges veilleraient à la séparation des coupables, et que les biens des incestueux seraient confisqués ¹⁰⁰.

Telles furent les dernières prescriptions des évêques et des rois mérovingiens.

100. M. G. H., leg. sect., leges Alamanorum, éd. K. LEHMANN : « Nuptias prohibemus incestas. Itaque uxorem habere non liceat socrum, nurum, privignam, novercam, filiam fratris, filiam sororis, fratris uxorem, uxoris sororem. Filii fratrum, filii sororum inter se nulla praesumptione iungantur. Si quis contra haec fecerit a loci iudicibus separetur et omnes facultates amittat quas fiscus adquirat. »

CHAPITRE III

LES ANGLO-SAXONS

Vers l'année 590, deux rois de la nation des Angles désiraient se convertir à la foi, mais ne trouvaient pas, dans la France du Nord, l'appui dont ils avaient besoin. Grégoire le Grand, au courant des ouvertures qu'ils avaient faites au clergé franc, forma une équipe de missionnaires, dont le moine Augustin prit la tête¹. Ils arrivèrent en Angleterre, vers l'année 597.

Trois années à peine s'étaient écoulées qu'Augustin rencontrait des difficultés disciplinaires au nombre desquelles se trouve celle du mariage de deux frères qui épousent les deux sœurs². A ce sujet, il consulta Rome.

La réponse du Pape nous montre que la règle n'était pas définie. Grégoire remarque qu'il n'y a rien dans les textes qui condamne ces mariages, et qu'il faut les admettre³. Il serait injuste de faire de ces peuples nouvellement convertis, des victimes de la subtilité des canonistes⁴.

1. P. BATIFFOL, *Saint Grégoire le Grand*, Coll. *les Saints*, Paris 1930, p. 174 et suiv.

2. « Si debeant duo germani fratres singulas sorores accipere, quae sunt ab illis longa progenie generatae », Ed. EWALD-HARTMANN, *Registrum epistolarum Gregorii papae*, t. II, p. 332.

3. « Hoc fieri modis omnibus licet nec quicquam in sacris eloquiis invenitur, quod huic capitulo contradixisse videatur », *op. cit.*, p. 335.

4. C'est cet esprit que nous retrouverons dans les décisions de Grégoire, pour tout ce qui concerne les Angles. Ne va-t-il pas jusqu'à tolérer qu'on célèbre les mystères chrétiens dans les temples païens pour ne pas surprendre trop violemment les habitudes des fidèles, et surtout pour ne pas imposer à la jeune Eglise les frais des constructions qu'il faudrait faire.

Dans une autre question, Augustin demande textuellement au Pape, jusqu'à quel degré de parenté le mariage est légitime, et s'il est possible d'épouser la *noverca* et la *cognata* ⁵.

Le texte de Grégoire eut une telle importance qu'il faut en rapporter les termes ⁶ :

« Une loi de la cité terrestre permet, dans l'Empire romain ⁷, que le fils et la fille du frère et de la sœur, ou des deux frères, ou des deux sœurs, s'unissent en légitime mariage. Mais, l'expérience nous apprend que ces mariages sont stériles, et la Loi sainte (entendez par là, le Lévitique), défend de découvrir la honte de sa parenté. D'où il est nécessaire de reconnaître que, seuls, les mariages entre parents, à partir de la troisième et de la quatrième génération, sont permis. Les parents de la deuxième génération ne peuvent, en aucune façon, se marier entre eux. »

Ce que Grégoire appelle la deuxième génération est, dans la computation romaine, le quatrième degré. Grégoire ne rappelle la loi romaine que pour lui opposer la loi religieuse, et, par là, la condamner. Or, la loi romaine que nous connaissons est celle d'Arcadius, qui rétablissait les mariages entre cousins. Ce sont donc ces mêmes cas que Grégoire désigne, en parlant de deuxième génération. Il ne faut cependant pas imaginer qu'il ait usé de la computation germanique; il est bien plus vraisemblable que, grand lecteur de la Bible, il en ait

5. « Usque ad quotam generationem fidelis debeant cum propinquis sibi coniugio copulari et novercis et cognatis si liceat copulari coniugio », *op. cit.*, p. 332.

6. « Et quidem terrena lex in Romana republica permittit, ut sive fratris et sororis seu duorum fratrum germanorum uel duarum sororum filius et filia miscerantur. Sed experimento didicimus ex tali coniugio subolem non posse succrescere et sacra lex prohibet cognationis turpitudinem revelare. Unde necesse est ut iam tertia uel quarta generatio fidelium licenter sibi iungi debeat. Nam secunda quam praediximus a se omni modo debet abstinerere » *op. cit.*, p. 335. Sur l'authenticité EWALD-HARTMANN, *M. G. H. Ep.*, t. II, p. 331 et s.; F.-H. DUDDEN, *Gregory the Great, his place in history and thought*, 1905; H. GRISAR, *Histoire de Rome et des Papes au Moyen Age*, t. I, p. 274.

7. Par l'expression *Republica Romana*, Grégoire entend l'Empire byzantin, il fait allusion au code de Justinien, V, 4, 19.

employé le calcul de la parenté, qui fait dire à l'auteur de la Genèse que Jacob connut ses enfants jusqu'à la quatrième génération.

Saint Grégoire adoptait donc le Droit romain d'Occident, le Droit du Théodosien, et, bien qu'il ait connu le Droit de Justinien, il n'en acceptait pas les dispositions.

Avec la *noverca*, le mariage est aussi impossible, parce qu'elle est la chair de son mari et, par conséquent, de son propre père; ce qui revient à prohiber un mariage dans la parenté par alliance, avec la *cognata*, la belle-sœur, comme avec la parente par le sang⁸.

Augustin demandait encore ce qu'il faudrait décider pour les mariages déjà contractés. La même question avait fait l'objet de décisions distinctes, dans les Eglises franque et burgonde. A Epaone, on avait décidé la séparation des incestueux avec la faculté de remariage. A Orléans, on avait maintenu les mariages contractés par ignorance, ce que fit aussi Grégoire :

« Parce qu'il y a beaucoup d'unions de ce genre contractées avant la Bonne Nouvelle, il faudra recourir à une solution tempérée. On les (les incestueux) avertira qu'ils doivent s'abstenir de ces unions, que c'est un péché grave, et qu'il y a lieu à ce sujet, de redouter la colère de Dieu, mais qu'on ne les prive pas, pour ce motif, de la communion, de la chair et du sang de N.-S. Jésus-Christ, on ne poursuit pas en eux le péché qu'ils ont commis dans l'ignorance et que le baptême a lavé. Il faut, quelquefois, corriger avec rigueur, d'autres fois avec bienveillance, parfois il faut fermer les yeux. Mais, que ceux qui se marient après l'avertissement ne manquent pas aux règles des empêchements, ils n'auraient plus la communion⁹. »

8. « Cum noverca autem miscere grave est facinus, quia et in lege scriptum est : turpitudinem patris tui non revelabis. Neque enim patris turpitudinem filius revelare potest; sed quia scriptum est : erunt duo in carne una, qui turpitudinem novercae, quae una caro cum patre fuit, revelare praesumpserit, profecto patris turpitudinem revelavit », *op. cit.*, p. 335.

9. *Op. cit.*, p. 739 : « Quia vero multi sunt in Anglorum gente, qui, dum adhuc in infidelitate essent, huic nefando coniugio dicuntur admixti, ad fidem venientes admonendi sunt, ut se abstineant et grave hoc peccatum esse agnoscant, tremendum dei iudicium pertimescant, ne pro carnali delec-

Cette décision du Pape n'était pas donnée au hasard. On sait combien Grégoire pesait ses affirmations. « J'ai beaucoup réfléchi au cas des Angles, dit-il, dans la même lettre. »

Le Pape semble se substituer à l'Empereur pour donner des dispenses. Au titre X du troisième livre du Théodosien, on examine précisément cette question. Le texte écrit, après avoir énuméré les cas pour lesquels il n'y a pas de dispenses : « *Exceptis iisque quos consobrinos, hoc est quarti gradus, coniunctionem..., supplicare (lex) non vetuit.* » Le Pape se reconnaît donc le pouvoir de dispenser dans le même cas que l'Empereur, alors qu'il ne se reconnaîtra jamais cette compétence dans les cas envisagés par les Ecritures.

Il nous manque un texte, nous apprenant comment, en Angleterre, on accueillit les preceptes de Grégoire. Mais nous savons que, peu de temps après l'envoi de cette lettre, on admettait, en Angleterre, l'empêchement de mariage jusqu'au quatrième degré. Saint Boniface nous l'apprend¹⁰.

Il est difficile de concevoir que ce quatrième degré ne corresponde pas à la seconde génération de la lettre de Grégoire à Augustin. On peut, en effet, difficilement

tatione tormenta aeterni cruciatus incurrant. Non tamen pro hac re sacri corporis ac sanguinis domini communione privandi sunt, ne in eis illa ulcisci videamur, in quibus se per ignorantiam ante lavacrum baptismatis adstrinxerunt. In hoc enim tempore sancta ecclesia quaedam per fervorem corrigit, quaedam per mansuetudinem tolerat, quaedam per considerationem dissimulat atque portat, ut saepe malum quod adversatur, portando et dissimulando compescat. Omnes autem qui ad finem veniunt, admonendi sunt, ne aliquid tale audeant perpetrare. Si qui autem perpetraverint, corporis et sanguinis domini communione privandi sunt, quia sicut in his qui per ignorantiam fecerunt, culpa aliquatenus toleranda est, ita est in his fortiter insequenda, qui non metuunt sciendo peccare. » La notion de *dissimulatio* qui n'est pas une invention de Grégoire, faisait hésiter R. GENESTAL sur l'authenticité de la lettre.

10. Cf. la *correspondance de saint Boniface*, M. G. H., éd. DUMMELER, *Epistolae Aevi. carol.*, p. 301. « Quia synodus et Ecclesia... Lundunensis synodus imprimis a discipulis S. Gre., id est Augustino... constituta et ordinata fuit, talem copulam et matrimonium maximum scelus et incestum et horribile flagitium. »

supposer, pour cette époque, une extension de la prohibition de mariage jusqu'au huitième degré de computation romaine. Il est fort douteux qu'en trois ans, les missionnaires aient pu obtenir un tel résultat. Et, d'autre part, nous verrons plus loin que Boniface, en rappelant cette règle du quatrième degré, songeait au mode de calcul de la parenté selon le Droit romain.

L'évangélisation commencée par Augustin ne progressa que lentement. La Mercie, l'Essex et le Sussex ne passèrent à l'Eglise que cinquante ans plus tard, et le Pape Vitalien, en 669, envoya un nouveau primate : le moine grec Théodore. Le nouvel archevêque commença son apostolat par une tournée d'inspection, puis il réunit un concile à Hertford (673). On y relut la lettre du Pape Grégoire à Augustin, et dix nouveaux canons rappelèrent brièvement quelques points de discipline canonique. Le dernier dit simplement, au sujet du mariage : « Qu'on ne commette pas l'inceste ¹¹. »

Théodore a laissé son nom à un groupe de recueils pénitentiels dont les formes actuellement conservées datent de la première moitié du VIII^e siècle et semblent bien avoir été constituées en Angleterre, comme le veut la tradition ¹².

Dans le recueil en deux livres du *discipulus Umbrien-sium* nous lisons ce texte fondamental :

« Le mariage est permis selon les Grecs à la troisième parenté (*propinquitās*), comme il est écrit dans la loi ; selon les Romains, à la cinquième parenté. Ceux-ci, cependant, ne séparent pas les parents à la quatrième parenté après que le mariage a été conclu. Donc, à la cinquième parenté, les unions se font. A la quatrième, si elles existent, elles ne sont point dissoutes. A la troisième, elles ne peuvent s'accomplir. Cependant, il n'est pas permis de prendre la

11. MANSI, *Conc. ampl. coll.*, t. 11, col. 127; HADDAN et STUBBS, *Councils and ecclesiastical documents*, 1871, t. III, p. 118-122.

12. *D^{re} de théol. Cath.*, v^o *Pénitentiels*, art. de M. G. LE BRAS, col. 1167.

veuve d'un parent à la troisième parenté. C'est comme si le mari s'unit à ses propres consanguins, si après la mort de sa femme, il s'unit aux consanguins de celle-ci ¹³. »

Le texte est particulièrement intéressant. Il va nous permettre de comprendre la situation spéciale des Eglises anglo-saxonnes, dans la question des empêchements de mariage.

L'auteur du Pénitentiel, en effet, se trouve pris entre la lettre de Grégoire le Grand à Augustin de Cantorbéry et les empêchements du Code théodosien. Le Théodosien défend les mariages avec les cousins, qui sont au quatrième degré, il les permet donc au cinquième. Grégoire dit qu'il faut absolument défendre les mariages à la seconde génération et fait allusion à une constitution de l'Empire. Le *discipulus Umbriensium* en déduit : 1° Que les mariages chez les Romains sont défendus jusqu'au cinquième degré; 2° que les mariages chez les Grecs sont défendus jusqu'au troisième degré.

Ce que dit cet auteur est exact des Romains, mais il est inexact d'affirmer que, chez les Byzantins, les mariages soient permis au troisième degré. Une telle permission viserait les mariages entre oncle et nièce, et ces mariages, on le sait, sont rigoureusement défendus, même en Orient. Grégoire ne l'ignorait pas, car il employait une computation par générations inspirée de la Bible.

La confusion n'a pu se faire que, si l'auteur du Pénitentiel appliquait uniformément, même au texte de Grégoire, la computation romaine de parenté. Si l'on veut

13. H. WASSERSCHLEBEN, *Die Bussordnungen der abendländische Kirche*, 1851, p. 216, § 25 : « In tertia propinquitate carnis secundum graecos licet nubere, sicut in lege scriptum est. In quinta secundum romanos. Tamen quarta non solvunt coniugium postquam factum fuerit. Ergo in quinta generatione coniungantur, quarta si inventi fuerint, non se parentur, tertia separentur. »

§ 26 : « In tertia tamen propinquitate non licet uxorem alterius accipere post obitum eius. »

§ 27 : « Aequaliter vir coniungitur in matrimonio eis qui sibi consanguinei sunt et uxoris suæ consanguineis post mortem uxoris. »

supposer que l'auteur a appliqué uniformément la computation biblique, les Romains auraient défendu les mariages entre descendants de cousins issus de germains et les Grecs, étendu l'empêchement aux cousins issus de germains : double et manifeste absurdité.

Seul, un auteur pris entre la lettre de Grégoire et le Théodosien peut tenir le langage de ce canon pénitentiel. Il a triomphé d'une première difficulté de vocabulaire, en employant le mot nouveau de *propinquitās* au lieu de *gradus* (Théodosien) et *generatio* (Grégoire) ; d'une seconde, en imaginant que la cinquième parenté n'était pas empêchement, que la quatrième était prohibitive, la troisième, dirimante. Il introduisait ainsi dans les Eglises où ces textes allaient se répandre, la distinction entre empêchement prohibitif (c'est-à-dire susceptible de dispense) et dirimant (nullité définitive) que le Code théodosien avait créée et que Cassiodore nous fait connaître.

Les deux autres canons sont parfaitement d'accord avec les règles de l'Eglise qui accepte l'*unitas carnis* et toutes ses conséquences. Le mari et la femme sont une seule chair, la parenté de l'un est la parenté de l'autre, et les parentés de l'un et de l'autre ne forment qu'une seule parenté. C'est la première expression, en Occident, de cette règle que nous avons rencontrée dans les Talmuds et chez saint Basile. Ces canons ont fait croire, à tort, que la règle était d'inspiration uniquement bretonne. Ils auront une grande diffusion et nous verrons, par la suite, toutes les conséquences qui s'en imposeront dans l'Eglise.

CHAPITRE IV

L'EGLISE WISIGOTHIQUE

Il était réservé à l'Eglise d'Espagne de jouer dans l'histoire des empêchements de parenté un rôle éminent. C'est par elle que le Droit canonique du Moyen-Age s'est relié aux traditions primitives des Eglises d'Occident submergées par les Barbares. Plus que toutes les autres Eglises, celle d'Espagne vécut sur le capital de la législation romaine, se l'assimila, et, au jour de sa disparition, les textes qu'elle avait groupés avaient déjà essaimé.

Nous avons mentionné plus haut le concile d'Elvire, nous y avons trouvé la première défense conciliaire de mariage entre alliés collatéraux. La loi romaine se complétait donc pour les chrétiens ibères de la prohibition de l'union avec la belle-sœur.

Une décrétale du Pape Sirice, vers l'année 395, ajouta quelques chapitres relatifs aux conséquences de l'excommunication, en réponse à une consultation de l'évêque de Tarragone, Himère¹. Le concile d'Elvire avait pres-

1. Cf. DOM COUSTANT, *Epist. Pont. Rom.*, I, col. 628 : « De his vero non incongrue dilectio tua apostolicam sedem credidit consulendam, qui acta poenitentia, tanquam canes ac sues ad vomitus pristinos et volutabra redeunt, et militiæ cingulum et ludicras voluptates et nova coniugia et inhibitos denuo appetivere concubitus, quorum professam incontinentiam generati post absolutionem filii prodiderunt. De quibus, quia iam suffugium non habent poenitendi, id duximus decernendum, ut sola intra ecclesiam fidelibus oratione iungantur, sacrae mysteriorum celebrati, quamvis non mereantur, intersint; a dominicæ autem mensæ convivio segregentur; ut hac saltem districcione correpti et ipsi in se sua errata castigent et aliis exemplum tribuant, quatenus ab obscœnis cupiditatibus retrahantur. Quos tamen, quoniam carnali fragilitate ceciderunt, viatico munere, cum ad Dominum

crit l'excommunication de l'incestueux; il fallait encore préciser la nature de la peine. L'excommunication devait-elle se prolonger jusqu'à la mort, selon les termes du concile de Néocésarée, et selon l'esprit des décisions d'Elvire, fameuses pour leur sévérité ? ou devait-on rendre au coupable repentî tous les droits d'un chrétien qui n'aurait jamais failli ? Himère répondit en transigeant : Aussi longtemps que durerait l'union incestueuse, les époux se trouveraient exclus de la communion; après leur séparation, et malgré leur réconciliation avec l'Eglise, ils continueraient à être privés d'une catégorie de droits déterminés. Magistrature et fonctions honorifiques leur demeureraient interdites²; ils ne pourraient

cooperint proficisci, per communionis gratiam volumus sublevari. Quam formam et circa mulieres, quae se post poenitentiam talibus pollutionibus devinxerunt, servandam esse censuimus. » On n'a pas de peine à retrouver dans ce texte le souvenir du concile de Nicée qui parlait aussi, au canon 12, de ceux qui déposent le *cingulum militiae*, puis reviennent *ad proprium vomitum*, ἐπὶ τὸν οἰκεῖον ἔμετον ἀναδραμόντες ὡς κύνες allant jusqu'à offrir des sommes d'argent pour reprendre du service dans l'armée, ἀναστρατευάσθαι. Il faudra se montrer circonspect vis-à-vis de ces gens-là, disaient les pères du concile, étudier la nature de leur contrition. S'ils font preuve d'un retour réel à la foi, il faudra les admettre parmi les *audientes*, et leur évêque pourra même montrer plus d'indulgence encore. C'est ce que fait Sirice quand, reprenant les termes mêmes du concile de Nicée, il leur accorde de prier avec les fidèles et même de participer aux mystères sacrés Cf. Cl. FLEURY, *Histoire ecclésiastique*, à l'année 826, p. 355.

2. Conc. de Nicée, can. 12, F. LAUCHERT, *op. cit.*, p. 39: «Ceux qui, appelés par la grâce, ont d'abord proclamé leur foi en abandonnant le ceinturon, mais qui ensuite, semblables à des chiens retournant à leurs vomissements, vont jusqu'à donner de l'argent et des présents pour être réintégrés dans le service public, ceux-là devront rester trois ans parmi les *audientes* et dix ans parmi les *substrati*. Mais pour ces pénitents, il faut avoir soin d'étudier leurs sentiments et leur genre de contrition. En effet, ceux d'entre eux qui, par crainte et avec des larmes accompagnées de patience et de bonnes œuvres, montrent par des faits, la sincérité d'un retour réel, après avoir accompli le temps de leur pénitence parmi les *audientes*, pourront être admis avec ceux qui prient et il dépend même de l'évêque de les traiter avec plus d'indulgence encore. Quant à ceux qui supportent avec indifférence et qui pensent que cette pénitence est suffisante pour expier leurs fautes, ceux-là seront tenus à faire tout le temps prescrit. »

Le terme de *cingulum* était devenu, en effet, la marque du rang et de la dignité des fonctionnaires civils. L'armée au Bas-Empire avait fourni les cadres de l'organisation de la hiérarchie. On en a une preuve précise pour l'année 319. Les mots *miles* et *militia* finissent même par désigner les fonctionnaires civils. Ceux qui, à un degré quelconque, exerçaient un emploi

plus contracter de nouveaux mariages³. A Rome, au temps du Pape Sirice, les mariages incestueux étaient peu nombreux, et la sanction du canon 2 de N.° 1.° césarée avait pu se généraliser : tout incestueux, et non plus seulement, l'épouse successive de deux frères, était exclu jusqu'à sa mort de la communion des fidèles⁴.

Ces dispositions furent acceptées de l'Eglise d'Espagne, elles faisaient partie du corps des canons. Un concile tenu à Lérida en 524 nous montre la persistance de ces règles⁵.

Par la publication du Code théodosien, les constitutions impériales renforcèrent, en Espagne, l'autorité des canons.

public, portaient le *cingulum militiae*, sans lequel on ne pouvait paraître devant l'Empereur. Si bien qu'entrer en service se disait *sumere cingulum*, en sortir, *solvi cingulo*. Or on peut juger par les dispositions réglementaires des codes et par les textes des écrivains du Bas-Empire de l'éclat qui réjallissait sur celui qui en était décoré. Les descriptions de Jean Le Lydien ne peuvent laisser aucun doute à ce sujet. Chez les chrétiens même, le *cingulum* devenait la parure des saints qu'on voulait particulièrement honorer.

Devant un tel état d'esprit, on comprend que les chrétiens n'aient pas toléré qu'un pénitent pût se montrer dans le plus grand éclat mondain alors qu'il devait porter le cilice du deuil et de la honte.

Dans la lettre que le pape Léon écrit à Rusticus, ne dit-il pas expressément qu'il est absolument contraire aux règles ecclésiastiques qu'après la pénitence on retourne à la *militia saecularis* alors que l'Apôtre a dit : « Que celui qui se fait soldat du Christ ne peut prendre part aux affaires du siècle. » ?

On ne connaissait pas une autre tradition à Tours en 461, ni à Vannes en 465, ni à Orléans en 511.

3. Le pape Sirice dit textuellement que les coupables qui ont fait pénitence ne peuvent pas aspirer à de nouveaux mariages : *Nova conjugia*. DOM COUSTANT, *op. cit.*, col. 628.

4. Le concile d'Epaone et les lettres de saint Avit pouvaient déjà nous laisser entendre cette sévérité. La licence donnée aux Burgondes de contracter de nouveaux mariages après la rupture de leurs unions incestueuses pouvait être dans l'esprit d'Avit une exception. En fait, elle fut considérée comme une licence générale. C'est pourquoi nous n'avons pas cru utile de compliquer l'exposé à ce sujet de cette réflexion suggérée par la lettre de Sirice à Himère.

5. Can. 4 du concile de Lérida. P. HINSCHIUS, *Fausses Décrétales*, p. 347 : « De his qui se incesti pollutione commaculant. placuit ut quousque in ipso detestando et illicito carnis contubernio perseverant, usque ad missam tantum cathecumenorum in ecclesia admittantur. Cum quibus etiam nec cibum sumere ulli christianorum, sicut Apostolus ait vel iussit, oportet. » Nous remarquons, au passage, que le rôle de l'Apôtre, Paul, est considérable dans cette matière du Droit canonique; nous aurons l'occasion plus tard d'utiliser cette remarque,

Cet accord du Droit ecclésiastique et du Droit civil ne fut pas brisé par l'établissement de la royauté wisigothique. Bien au contraire, Alaric II, en 506, réunit un groupe d'évêques et de notables qui, par de brèves retouches, adaptèrent l'ancien Code théodosien aux besoins d'une Espagne romaine qui survivait à l'invasion : ce fut la *Lex Romana Wisigothorum*. En 506, le sud de la Gaule obéissait encore aux Wisigoths, le crédit de la *Lex Romana Wisigothorum* y survécut à la conquête de Clovis et même se propagea dans le royaume franc.

Les rois wisigoths transportèrent leur capitale de Toulouse à Tolède, le centre le plus important à l'époque. C'est là, qu'en 531, sous la présidence du Métropolitain Montan, sept évêques se réunirent en synode et, pour la première fois, au canon 5, on définit la parenté empêchant le mariage, par la parenté établie dans la loi des successions de la *Lex Wisigothorum*⁶.

Ce canon, en effet, cite comme règle fondamentale de la prohibition, la sentence du Lévitique : « *Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedat, ut revelet turpitudinem eius.* » Or, les clercs wisigoths connaissaient le texte de l'*Interpretatio* sur les sentences de Paul, à propos des successions. « Les noms des parents sont compris dans les sept premiers degrés, au delà on ne peut plus trouver de parenté. » La conclusion s'imposait d'elle-même : « Que personne parmi les fidèles ne contracte mariage avec une parente, dans les degrés où il peut y avoir un droit de succession. » Telle est l'expression de la défense religieuse, dans le style du Droit romain. Les mariages entre parents se trouvaient ainsi défendus jusqu'au septième degré de computation romaine.

En 589, le roi Récarède se convertit à la foi catholi-

6. Sur la *Lex Romana wisigothorum*, cf. A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du Droit français*, 15^e éd., 1925. Le texte que nous citerons est celui de l'éd. HAENEL, 1848.

que et, en même temps, les prescriptions du concile de Tolède de 531 entrèrent dans la législation séculière wisigothique⁷. Les textes qui nous permettent de constater cette pénétration viennent de la *Lex Wisigothorum*. Cette loi, promulguée par Récarède, fut ensuite remaniée par ses successeurs, et il est malaisé, à présent, d'en distinguer les diverses rédactions⁸. Pour le cas con-

7. II. Concile de Tolède, MANSI, *Ampl. coll.*, t. VIII, col. 790; P. HINSCHUS, *Décrétales pseudo-Isodorianae*, 1873, p. 353 : « Nam et haec salubriter praecavenda sancimus, nequis fidelium propinquam sanguinis sui usquequo affinitatis lineamenta generis successione cognoscit, in matrimonio sibi desideret copulari, quoniam scriptum est : Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedat, ut revelet turpitudinem eius : nec sine denuntiatione sententiæ, nam paulo post infert et dicit : Anima quae fecerit de abominationibus istis quidpiam, peribit de medio populi sui. Si quis ergo huius decreti nostri temerator extiterit ac vetitum violare praesumpserit, tanto graviori se mulctandum sententia recognoscat, quanto eam propinquiorem cui copulari se maluit suae originis esse non ambigit, tantoque annosioris excommunicationis tempore et a Christi corpore et fraternitatis consortio sequestretur, quanto fuerit propinquiore sanguinis contagione pollutus. Huius institutionis regulam qui subscripsimus irrefragabili auctoritate nos spondemus servaturos. Si quis autem tam nostram vel eorum qui nunc sanctæ synodo ex hac provincia defuerunt, huic tam salubri ordinationi obviare praesumpserit vel solerter adimplere neglexerit, convictus totius fraternæ caritatis aliquandiu habeatur extraneus. »

La comparaison du canon et de l'*Interprétatio* est intéressante :

In septem gradibus *propinquitatum* nomina continentur, ultra quos nec *affinitas* inveniri. nec *successio* potest amplius propagari.

Ne quis fidelium *propinquam* sanguinis sui usquequo *affinitatis lineamenta* generis *successione* in matrimonio desideret copulari.

8. Sur les préparatifs de la conversion de Récarède et sur la conversion elle-même et son importance pour l'histoire d'Espagne, cf. H. LECLERCQ, *L'Espagne chrétienne*, p. 277. Une loi d'Euric nous aurait été conservée s'il fallait en croire l'éditeur de la *Lex Wisigothorum*, M. G. H., p. 28, l. 10 et suiv. Une loi spéciale aurait été publiée par ce roi, contre les incestueux. Or, les cas prévus sont empruntés à la *Lex Bavariorum* et à la *Lex Alamannorum*. Le texte est exactement celui que nous avons cité comme une loi de Dagobert II. S'agit-il vraiment d'une loi d'Euric ? Tous les textes de la loi des Bavares en accord avec la loi des Alamans, représentent-ils la loi d'Euric ? Nous en doutons. Les sentiments d'Euric à l'égard de l'Eglise catholique ne permettent guère de penser qu'il soit l'auteur de cette loi. Les Ariens, nous l'avons vu à propos des Burgondes, se souciaient peu des défenses de mariage, ils s'en préoccupaient même si peu que le premier souci des évêques à la conversion des Barbares fut de leur rappeler que, sur ce point, l'Eglise avait ses règles propres et qu'ils devaient s'y soumettre. La présence de la loi *Inestas prohibemus nuptias* s'explique de toute autre façon. La loi des Alamans fut rédigée vers l'an 630, époque où l'Eglise catholique avait acquis une grande force. Les évêques firent passer dans le texte de la loi une décision franque dont ils étaient à même de comprendre l'importance (M. G. H., *leg. sect.*, t. V, pars I, *Leges Alamannorum*, K. LEHMANN,

cret des empêchements de parenté cependant, il est peut-être possible de retrouver, sinon les textes authentiques de Récarède, dépouillés des modifications d'Ervige⁹, du moins une ligne de démarcation entre deux législations différentes.

On trouve, en effet, dans les constitutions relatives à ces empêchements, des influences certaines des textes byzantins promulgués par Justinien lui-même : l'empêchement de quasi-affinité¹⁰, la peine de réclusion dans un monastère¹¹, la reconnaissance de droits successoraux aux enfants d'incestueux¹², trois traits caractéris-

p. 7, texte p. 99). On aura plus de précision sur l'origine de ce texte attribué à Euric, par une comparaison avec l'építome de Gaius (HAENEL, *Lex Rom.*, V, p. 318, Épitome Gaius, titre IV, § 8, 3, 4, 5, 6) qui défend le mariage : § 3. Avec la fille du frère et de la sœur ; § 4. Avec la sœur du père ou de la mère ; § 5. Avec le gendre ou la bru ; § 6. Entre cousins quels qu'ils soient. On voit que la première partie de la liste du texte attribué à Euric est le § 5 de la loi que nous venons de citer. Le texte continue par le § 3, puis par le § 4 qui, mal interprété, fait de la défense d'épouser l'oncle et la tante. la prohibition de mariage entre alliés collatéraux. Cette modification de l'ordre du texte de Gaius vient, peut-être, de ce que l'auteur a craint de faire une répétition qu'il ne faisait pas, en fait, puisqu'il visait deux cas inverses. On finit par le § 6 où la loi des Alamans traduit bien les expressions : « fratres amitinos uel consobrinos », par les expressions de « filii fratrum » et de « filii sororum ». La liste du § 5 était déjà faite dans les *Sentences* de Paul (11, 19, § 3-5, coll. 6-3, § 3) : il a suffi de compléter avec Gaius. La sanction qui sera la perte des biens est de nouveau celle du Théodosien, comme nous le disions plus haut, plus exactement, celle de l'*Interpretatio*.

9. Cf. la préface de K. ZEUMER à l'édition des *Leges Wisigothorum*, des *M. G. H., Leg. sect.*, t. I, p. XII et suiv.

Cf. K. ZEUMER, *eod. loc.*, p. xv : « Nam et hoc 'generaliter obsecro, ut, quidquid in nostrae gloriae legibus absurdum; quidquid iustitiae videtur esse contrarium, unanimitalis vestrae iudicio corrigatur », tel est le principe de la réforme d'Ervige.

10. Il est introduit dans la constitution I du livre III, titre V. Cf. K. ZEUMER, *op. cit.*, p. 159 : « Nullus presumat... patris etiam disponatam... sibi in matrimonio copulare. » Or, on ne trouve pas cet empêchement dans le Droit classique, mais Justinien paraît être le premier à l'imposer.

11. Cf. K. ZEUMER, *op. cit.*, p. 159, III, 5, 1 : « Qui vero contra hanc constitutionem presumserint facere, iudex eos non differat separare, ut a tam nefandam pollutionem divisi iuxta qualitatem sexus in monasteriis delegentur, illic iugiter permansuri. » On ne connaît de peine analogue que dans la nov. 117.8, de l'année 542.

12. Cf. K. ZEUMER, *op. cit.*, p. 160, I, 18 :

Recc. « Sui longitudine temporis excusentur. Eorum vero bona, qui talia gesserint. »

Erv. « Sui quousque vixerint, longitudine temporis excusentur. Eorum vero bona, qui talia gesserint ex pro talibus culpis damna legis huius exceperint. »

« Si eis de priori coniugio filii defuerint, ipsorum filiis absque infamie

tiques de la législation byzantine.

Or, Récarrède ne connaissait ni le Digeste, ni le Code, ni les Nouvelles. Ce qui le prouve, c'est qu'Isidore de Séville, qui mourut trente-cinq ans après lui, ne les connaissait pas¹³. Aussi, il est impossible de penser que Récarrède ait introduit les trois traits caractéristiques que nous venons de mentionner. Il convient de limiter son rôle à la seule défense des mariages entre parents aux six premiers degrés¹⁴. Les sanctions demeurèrent, sous son règne, celles du Code théodosien¹⁵.

C'est une rédaction postérieure qui ajouta la réclusion dans un monastère, peine qui s'appliquait, à Byzance, aux adultères et, sans doute, aux incestueux; c'est elle aussi qui reconnut aux enfants d'incestueux un droit de succession aux biens de leurs parents; c'est elle, enfin,

notam omnino proficient, qui, licet sint scelerate concepti, sunt tamen unda sacri baptismatis expiati. »

Comparez avec la nov. 12 de Justinien qui revenait sur le Droit du Théodosien pour reconnaître aux enfants des incestueux des droits à la succession de leurs parents.

13. C'est un point qui semble bien établi, qu'Isidore n'a pas prêté la moindre attention à la législation de Justinien et, qu'en particulier, il ignorait les Nouvelles que nous trouvons au principe des règles précédemment indiquées. Cf. DOM SÉJOURNÉ, *Saint Isidore de Séville*, 1929, p. 62 et n. 4 à la même page.

14. Il ne faut donc pas lui attribuer tout le paragraphe du III, 5, 1, de la *Lex Wisigoth*, mais il faudrait peut-être limiter son intervention à la première phrase : « Nullus presumat de genere patris vel matris avi quoque vel avie seu parentum uxoris patris... viudam, vel propinquorum suorum relictam sibi in matrimonio copulare vel adulterio pollueri; ita ut usque ad sextum generis gradum nulli liceat sanguinis propinquitatem libidinose fedare vel coniugio adpetere, excepto illas personas, quas per ordinationem adque consensum principum ante hanc legem consistit adeptos fuisse coniugium, qui nequaquam per legis huius edictum teneri poterunt ad reatum. » Toute cette partie de la loi qui tend à dire que cette constitution n'aura pas d'effet rétroactif est nécessairement du premier roi qui légifère en la matière, à savoir Récarrède.

15. Il faut en conclure qu'il s'agit uniquement des sanctions relatives à la nullité civile de ce mariage et à la dévolution des biens qui passent aux parents légitimes et non aux enfants illégitimes. Un souverain postérieur réparera cette iniquité: c'est ce que dit un texte douteux du ch. I du L. III, t. V : « Quid vero de eorum facultatibus observari conveniat, subterius correcte legis sententia manifestat. »

qui introduisit, pour tous les Wisigoths, chrétiens et non-chrétiens, l'empêchement de quasi-affinité.

On n'ajouta plus rien à ces règles. La législation royale postérieure, relative aux empêchements de mariage, n'eut guère à statuer que sur la résistance des Juifs restés réfractaires. Le roi y mit tant d'insistance ¹⁷ que les lois qu'il promulgua à cette occasion devinrent plus tard un merveilleux arsenal pour Benedictus Levita, qui, en les amputant des mots relatifs aux Juifs, y trouva la formule générale de la réforme ¹⁸.

*
**

Pour compléter notre information sur le Droit canonique wisigothique, nous avons l'inutile fortune de trouver dans les écrits du dernier des Pères de l'Eglise d'Occident, Isidore de Séville, quelques textes relatifs à l'inceste ¹⁹.

Isidore était frotté de Droit romain, au point qu'on pense que c'est chez quelque abrégiateur de ce Droit qu'il cueillit l'idée de composer des étymologies ²⁰. Il mêla tout ce qu'il put glaner dans les sentences de Paul, à des textes de saint Augustin. Et, après avoir dressé, dans un *stemma* type, la longue liste des parents, il conclut d'une phrase de l'évêque d'Hippône, « que dans la mesure où la parenté va se propageant de degré en degré, elle arrive à son terme, si un nouveau mariage ne la reprend et, en quelque sorte, rappelle la fuyarde ²¹ ».

17. On sait, en effet, combien les deux crimes étaient liés dans la procédure répressive. Nous avons montré plus haut des exemples. Le cas de la réclusion en est un autre.

18. Cf. K. ZEUMER, *op. cit.*, p. 425, 10, 436, 1, 5, 35.

19. *Etym.* l. IX, ch. VI, n. 29.

20. C'est là qu'on peut trouver cet arbre généalogique que nous avons signalé plus haut et qu'on peut trouver également dans le Pénitentiel de Martène, ch. 29; dans le *De institutione laicali*, de Jonas d'Orléans, l. II, ch. 81; dans les actes du concile de Douzy de 874 (LABBE et COSSART, t. IX, col. 261).

21. Cf. KUEBLER, *Isidorstudien*, Hermès, t. XXV, p. 518 et suiv.

L'explication des six degrés est simple : ce sont les six âges du monde ²².

Il faut reconnaître qu'Isidore de Séville ne nous apprend rien. Mais il devait apprendre beaucoup aux gens du Moyen-Age; c'est pour ce motif que nous avons rappelé la lettre même de ses opinions, qui sera si souvent utilisée, en dernier lieu, par Gratien lui-même ²³.

*
**

Les jours de l'Eglise d'Espagne étaient comptés. La perfection et l'originalité de sa législation intérieure n'allaient pas la prémunir contre l'envahisseur. Et, comme nous avons vu dans cette même Espagne, l'Empire romain inspirer la législation canonique, nous verrons, dans la suite, les textes des conciles, des lois et des écrits d'Isidore, se répandre dans les autres Eglises.

On arrivait à un tournant de l'histoire.

22. Cf. DOM SÉJOURNÉ, *op. cit.*, p. 457 et *Etym.*, IX, ch. VI : « Haec consanguinitas dum se paulatim propaginum ordinibus dirimans, usque ad ultimum gradum subtrahent et propinquitas esse desierit, eam rursus lex haec matrimonio vinculo repetit et quodammodo revocat fugientem. Ideo autem usque ad sextum generis gradum consanguinitas. »

23. *Etymol.* Decret. Gratiani, C^a. XXXV, 9, 5, c. 1.

LIVRE III

La formation et l'expansion
de la doctrine romaine pontificale

CHAPITRE PREMIER

FORMATION DE LA DOCTRINE ROMAINE

Nous voici à l'aube du VIII^e siècle.

Des trois grandes Eglises d'Occident, dont nous avons étudié la discipline, une seule se maintient indemne et vivante : l'Eglise anglo-saxonne¹.

L'Eglise franque, à la mort de Dagobert, est tombée dans la décadence qui caractérise l'époque des rois fainéants². L'Espagne est ravagée par l'Islam. Mais ses règles disciplinaires vont lui survivre.

En Angleterre, le spectacle est tout différent : le christianisme est partout solidement établi. Il y a contact constant entre Rome et l'Ile. La passion historique des Anglo-Saxons pour les voyages³ les désigne spécialement pour exporter loin de leur patrie, le catholicisme à peine acclimaté chez eux. A l'exemple de Wilfrit, des moines font le pèlerinage de Rome, visitent le tombeau de saint Pierre, s'initient aux canons pontificaux et préparent lentement l'ébauche d'une unité disciplinaire dont tout le monde sentait obscurément le besoin.

*
**

1. Cf. DOM CABROL, *L'Angleterre avant les Normands*, 1912 ; H. VON SCHUBERT, *op. cit.*, p. 270. Les renseignements que nous avons sur cette période sont le plus souvent empruntés à BÈDE LE VÉNÉRABLE, *Histoire ecclésiastique d'Angleterre*, l. IV, 2.

2. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., p. 861 et suiv.

3. Sur les voyages à Rome, cf. H. VON SCHUBERT, *op. cit.*, p. 209 : « Consuetudo peregrinandi scotiis jam poene in naturam conversa » dit WALFR-STRAÏON, *Vita Sancti Galli*, t. II, p. 46.

Par esprit d'entente avec Byzance, Rome s'efforçait même de s'accommoder aux décrets du concile *In Trullo* qui n'étaient pas en opposition avec la foi orthodoxe ⁴. En 721, dès le début du pontificat de Grégoire II, un concile fut tenu à Rome. Les dispositions relatives au mariage portent les traces de la législation du concile *In Trullo*. On y lit en effet :

« Canon 4 : Anathème à celui qui épouse sa commère spirituelle. Canon 5 : Anathème à celui qui épouse la femme de son frère. Canon 6 : Anathème à celui qui épouse sa nièce. Canon 7 : Anathème à celui qui épouse sa marâtre. Canon 8 : Anathème à celui qui épouse sa *consobrina*. Canon 9 : Anathème à celui qui épouse sa *cognata* (belle-sœur) ou la femme d'un *cognatus*. »

Ces canons eurent une importance considérable par le caractère de leur texte, par la diplomatie qu'ils inauguraient, **par leur succès**.

Leur texte, en effet, était nouveau à Rome. Nous n'avons jamais rencontré encore de défense de mariage entre parents spirituels ⁵. Le Droit canonique pontifical se résumait dans le Droit du Théodosien, dans la lettre de Grégoire à Augustin, dans les deux lettres de Sirice à Himère de Tarragone et aux évêques gaulois. Jamais nous n'avons vu cet empêchement. Il était, au contraire, connu dans l'Empire byzantin, et mis en première place

4. MANSI, *op. cit.*, t. 12 col. 163 et s., 179 et s., 226 et s. : « De quibusdam capitulis optima responsione unanquamque solvit quaestionem. »

5. Cf. MANSI, *op. cit.*, 12, col. 263 et suiv. Il est à remarquer que ce concile a échappé aux éditeurs des *M. G. H.*, alors que les conciles romains qui suivirent ont été édités par Verminghoff :

C. IV. Si quis commatrem spiritalem duxerit in coniugium, anathema sit.

C. V. Si quis fratris uxorem duxerit in conjugium, a. s.

C. VI. Si quis neptem duxerit in conjugium, a. s.

C. VII. Si quis novercam aut nurum suam duxerit in conjugium, a. s.

C. VIII. Si quis consobrinam duxerit in conjugium, a. s. 

C. IX. Si quis de propria cognatione vel quam cognatus habuit, duxerit uxorem, a. s.

6. L'empêchement d'affinité spirituel qui paraît au *Digeste* et qui repose sur un raisonnement d'analogie est inconnu du Code théodosien. Les lettres des Papes ne le mentionnent jamais non plus.

dans l'énumération des défenses. La parenté selon l'esprit n'a-t-elle pas plus d'importance que la parenté « selon la chair » ? Grégoire admet l'empêchement et lui donne aussi la place d'honneur⁷. Après la défense d'épouser une femme consacrée au Seigneur, le canon 4 défend d'épouser la commère⁸.

Quant à l'empêchement de consanguinité, le canon 8, au contraire, semble le restreindre au quatrième degré de computation romaine, son énumération ne va pas plus loin. Mais cette interprétation serait inexacte. En 726, en effet, Grégoire II écrivait à Boniface que la défense de mariage entre parents s'étendait aussi loin que la parenté elle-même : « On ne peut épouser, en règle générale, aucun de ses parents, soit par le sang, soit par l'alliance⁹ » et c'est ce qu'exprime le canon 9 pour la parenté par alliance¹⁰.

« Anathème à celui qui épouse sa cognata, ou à celui qui épouse la femme d'un cognat », dit le texte qui prévoit ainsi la double défense de mariage avec : 1° Une parente de sa femme ; 2° la femme d'un parent de sa propre femme. On ne peut, en effet, donner au mot *cognatus* employé par les Pères du concile, un autre

7. C'est le canon 53 du concile *in Trullo* qui l'introduit, en l'élargissant considérablement, dans la discipline religieuse.

8. L'empêchement n'est admis que dans une mesure restreinte. Est-ce intentionnel ? Le mariage avec la commère suppose la réunion sur une même personne des qualités de mère et de marraine, or la marraine a pour mission de surveiller l'éducation donnée par les parents au filleul. Il y a évidemment là une anomalie qui fait comprendre l'intérêt du canon.

9. Lettre de Grégoire à Boniface, édit. de TANGI, *M. G. H., Epistolae selectae*, Berlin, 1916, p. 45. *M. G. H. Epist. Merov. et Carol aevi*, I, p. 275 et suiv., édit. de DUMMLER : « Igitur in primis, legebatur ut quota progenies propinquorum matrimonio copuletur. Dicimus quod oportuerat quidem quamdiu se agnoscunt affinitate propinquos, ad huius copulae non accedere societatem sed... »

10. C'est le mot *affinitas* qui désigne la parenté par le sang. Cf. n. 9, et cette expression était précisément celle des Wisigoths (Conc. de Tolède, de 639 et Lex Wisigoth. Cf. ch. IV, p. 125 du livre précédent).

sens que celui de beau-frère, de *parent par la femme*¹¹. Le mot a perdu depuis longtemps le sens qu'il avait dans les textes juridiques romains, et qui avait préparé celui qu'on lui donne à Rome depuis Grégoire le Grand. Dans sa lettre aux Anglais, en réponse aux questions d'Augustin de Cantorbéry, il prend soin, en effet, de nous donner les sens précis de l'expression¹². C'est celui qu'il faut reconnaître ici.

Cette remarque nous conduit à préciser également le sens qu'il faut donner au mot *consobrina*. Il doit désigner, dans l'esprit des Pères du concile, tous ceux qui sont appelés cousins, qu'ils soient fils de deux frères, de deux sœurs, d'un frère et d'une sœur ou de cousins, *consobrini* ou *sobrini* de la langue technique du jurisconsulte Paul¹³.

La défense de mariage s'étendait donc, non pas jusqu'au quatrième, mais jusqu'au septième degré. Une

11. Cf. A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 421 : « Lorsque l'une des deux personnes unies par l'alliance se mariait ou se remariait, son conjoint entraînait dans le même rapport qu'elle-même, quant à ses premiers alliés. Il résultait de là que le mari, par exemple, avait pour alliés, non seulement tous les parents de sa femme, mais encore les conjoints de ceux-ci. » Les canons du concile romain disent très simplement : « Uel quam cognatus habuit », étant bien entendu que « cognatus » désigne le beau-frère.

Sur ce sens très précis du mot « cognatus », mal compris, pensons-nous, la plupart du temps, il est facile d'apporter un grand nombre de preuves. Du CANGE, v° *cognatus*... *frater mariti uel uxoris*. FORCELLINI, v° *cognatus*, est *frater mariti mei et frater uxoris meae*. La lettre du Pape Grégoire I à Augustin de Cantorbéry ne peut laisser aucun doute à ce sujet : « Cum cognato quoque miscere prohibitem est, quia per coniunctionem priorem caro fratris fuerat facta. » Le mot « cognatio », lui-même, doit être pris, parfois, dans le sens de parenté par affinité, comme l'a parfaitement observé l'auteur de l'*index rerum et verborum* du tome II des *Capitulaires des rois francs*, p. 592, v° *cognatio*, qui renvoie à « affinitas ». L'observation n'a été faite ni par von Hörmann ni par R. Génestal, ce qui leur a permis de penser que les notions d'affinité avaient pu se développer surtout par les pénitentiels bretons.

12. *Lettre de Grégoire à Augustin*, EXWALD-HARTMANN, t. II, p. 333 : « Cum cognata... quae per coniunctionem priorem caro fratris facta est. » Il ne peut y avoir le moindre doute, c'est la belle-sœur. A noter l'explication de la défense qui est celle de SAINT AUGUSTIN, *Cité de Dieu*, XV, 15; concile d'Epaone : « Quæ poene prius antea soror fuerat. »

13. Il y a des exemples de ce sens général de *consobrinus* cf. v° FORCELLINI; on abandonne toutes les anciennes subtilités de Donat, reprises au Code théodosien et à Epaone,

lettre du Pape Zacharie à Boniface, en 732, puis un texte du concile de 743 confirment cette interprétation, et permettent même d'en trouver l'origine.

La loi du septième degré est spécifiquement celle de la *Lex Wisigothorum*¹⁴, dont le Pape ne craint pas de reprendre les expressions mêmes.

La présence, enfin, parmi les évêques signataires du concile de 721, d'un évêque espagnol, Sinderedus¹⁵, chassé de Tolède par l'invasion arabe, est encore en faveur de l'origine espagnole.

Grégoire II, cependant, n'avait pas voulu l'exprimer formellement. Les qualités maîtresses de ce Pape étaient, en effet, une souplesse et une adresse de diplomate peu communes à cette époque, et chacune de ses interventions était une habileté dont l'histoire a retenu l'importance. Il n'était encore que diacre de l'Eglise romaine qu'il sut trouver, pendant son séjour à Constantinople, où il accompagnait le Pape Constantin, la formule heureuse qui devait apaiser les conflits entre

14. Les deux auteurs parlent du 7^e degré. *M. G. H. Leg. sect. Concilia*. Ed. WERMINGHOFF, t. II, ch. V : « Ut... etiam spiritalem matrem nullus praesumat nefario coniugio copulari. Nam qui huiusmodi opus perpetravit, sciat se anathematis vinculo esse obligatum et Dei iudicio condemnatum atque a sacro corpore et sanguine Domini Nostri Iesu Christi alienum, statuente apostolica censura. »

Ch. VI : « Ut consobrinam, neptem novercam fratris uxorem vel etiam de propriae cognationis nullus praesumat in coniugio copulari, quia scriptum est in lege Domini : Turpitudine uxoris patris, uxoris fratris atque sororis tuae non revelabis; turpitudine enim tua est. »

Ce que Zacharie exprime dans sa lettre à Boniface, éd. TANGI, *M. G. H.*, éd. ad us. sch., 1916, p. 51 : « Progeniem vero suam quemque usque ad septimam observare decernimus generationem. » Ce texte aura une longue histoire, il est rapporté aux Fausses Décrétales, cf. P. HINSCHIUS, *op. cit.*, p. 751, placé dans une fausse lettre de Grégoire à Félix de Sicile, Benedictus Levita le donne à plusieurs reprises, II, 80 par exemple. Il est dans le Décret de GRATIEN, C^a XXXV, 9, 2 et 3, can. 16.

15. MANSI, *Ampl. coll.*, t. XII, col. 721 et LABBE et COSSART *op. cit.* tome VI, col. 1458 : « Sinderedus episcopus ex Hispania huic constituto a nobis promulgato subscripsi. Sedulius episcopus Britanniae de genere Scotorum huic constituto a nobis promulgato subscripsi. Fergustus episcopus Scotiae Pictus huic constituto a nobis promulgato subscripsi. » Sur Sinderedus nous n'avons que peu de renseignements. Cf. B. GAMS, *Kirchengeschichte von Spanien*, t. II, p. 242.

les deux Eglises d'Orient et d'Occident. Il sut accueillir les évêques d'Espagne chassés par les Musulmans. Les canons du concile de 721 nous montrent qu'il sut même faire pénétrer dans le Droit canonique romain, deux tendances géographiquement opposées, et faire ainsi de Rome une véritable capitale de la chrétienté. Le 4^e canon du concile de Rome de 721 est, en effet, byzantin, comme le 8^e et le 9^e sont wisigothiques. Il vient du canon 53 du concile *In Trullo*, et appartient à cet ensemble de dispositions que le Pape sut choisir dans la discipline originale de Constantinople, dans le double intérêt de la vie religieuse de Rome et de la paix de la péninsule italique.

L'Empereur voulait qu'on acceptât les décisions du concile Quinisexte. Il tenta même, pour mieux y réussir, de s'emparer de la personne du Pape¹⁶. Le conflit paraissait insoluble. Grégoire II, qui avait réussi à se faire élire avec l'agrément de l'Empereur, remplit si bien son rôle de médiateur, que, peu après, l'Orient allait accepter dans sa législation les règles wisigothiques à peine admises à Rome.

16. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 1 p., p. 578 et suiv.

CHAPITRE II

EXPANSION DE LA REGLE ROMAINE DANS LE DROIT BYZANTIN

Grégoire II avait admis dans la législation romaine le canon 53 du concile *In Trullo*; Byzance, à son tour, accepta un des canons du concile de 721. Etant données les relations des deux Eglises, il est difficile de penser que l'accord se soit fait de bonne grâce. Les conditions dans lesquelles il se réalisa vont nous le montrer clairement.

Pris entre les Mahométans et les païens slaves, en proie aux désordres intérieurs, l'Empire tombait dans l'anarchie. Il fallait réagir.

Théodose renversé, Léon III, l'Empereur iconoclaste, prit le pouvoir et entreprit une réforme législative, une œuvre de « restauration de l'Eglise et de l'Etat ».

Les vieux principes du Droit de Justinien, qui n'étaient pas encore refoulés du Droit malgré les décisions conciliaires, firent place à un Droit nouveau, plus directement inspiré de l'Evangile, dans un sens plus philanthropique, selon la belle formule de Léon¹. Ce

1. Ed. *Ecloga*, ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Ius Graeco-Romanum*, I. Le texte disait : « Sachant qu'en de nombreux livres, sont écrites les ordonnances de nos prédécesseurs, et que la pensée en elles enclose est difficile à saisir, que parfois même, c'est chose impossible, surtout pour ceux qui sont en dehors de notre divine surveillance et de notre ville impériale, sachant tout cela, nous avons mandé nos très illustres patrices, l'illustrissime questeur, les illustrissimes consuls et chanceliers et tous nos autres conseillers, animés de la crainte de Dieu, nous leur avons ordonné de réunir auprès de

fut l'occasion d'une série de règles nouvelles relatives à l'empêchement de mariage tant pour cause de parenté et d'affinité que pour cause d'adoption et de parenté spirituelle².

Non seulement, on s'en tint, dans tous ces cas, aux canons du « Penthecte », mais encore on se conforma aux décisions pontificales³. Au titre XIII, on reprit l'exposé général des empêchements, après la définition des diverses formes et des conditions positives du mariage.

L'auteur indique, au premier rang, l'empêchement de parenté spirituelle⁴. Il est défendu à des personnes unies par le saint et salutaire baptême de contracter mariage. La défense vise aussi bien celui qui a tenu sur

nous, tous les livres contenant ces choses. Après les avoir examinés avec un soin attentif, nous avons, au moyen de leur contenu et de nos récentes ordonnances, fait un résumé plus clair et plus bref de la jurisprudence ayant trait aux affaires et aux conventions les plus fréquentes. » Cf. F. DUPOUY, *Le Droit civil romain, d'après l'Ecloga*, thèse de Bordeaux, 1902, p. 8 et 9. Cf. E. FRESHFIELD, *A Manual of Roman Law, the Ecloga*, published by the Emperors Leo III and Constantine V of Isauria at Constantinople A. D. 726, 1926; C. SPULBER *L'Eclogue des Isauriens* : texte, traduction, histoire, 1929.

2. La matière a une telle importance dans le Droit byzantin, que les auteurs qui ont étudié les textes de l'« Ecloga » s'adonnent volontiers à des énumérations sans fin, d'empêchements et de pure réglementation. Cf. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Geschichte des Griechischrömischen Rechts*, 3^e éd., 1892, p. 63 et suiv. (p. 7 et suiv. de la traduction d'E. LAUTH, faite sur la première édition de Leipzig, 1870); F. DUPOUY, *op. cit.*, p. 32 et suiv. Il est à remarquer que l'adoption a toujours été, dans l'Eglise byzantine, un empêchement de mariage. On a pu en douter pour l'Eglise occidentale. Cf. K. LINDNER, *Die gesetzliche Verwandtschaft als Ehehinderniss im abendländischen Kirchenrecht des Mittelalters*, 1920. L'empêchement remonterait à Gratien seulement. Nous croirions plus volontiers que l'empêchement était antérieur, comme en fait foi la lettre de Nicolas I^{er} aux Bulgares, et ne pouvait avoir de sens que pour un pays où l'adoption était une obligation vivante. L'absence de texte n'est pas toujours une justification.

3. Aucune recherche n'a encore été faite à ce sujet. L'évolution est marquée par ZACHARIAE VON LINGENTHAL : « Le synode de Constantinople fit un pas de plus en ce que, dans le canon 54, le mariage entre parents de frère et sœur est prohibé. L'« Ecloga » (740) le défendait en outre entre petits-enfants de frère et sœur. » L'origine de la réforme n'a pas été recherchée. FR. DUPOUY, *op. cit.*, p. 32, se contente de reproduire le sens du texte de l'« Ecloga ».

4. C'était là, on le sait, une tradition byzantine depuis le concile Quiniesse. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *op. cit.*, 3^e édit., p. 69; traduction Lauth, p. 13; F. DUPOUY, *op. cit.*, p. 35. L'auteur parle d'« affinitas spiritualis », mais l'emploi de ce terme est une confusion. Il s'agit de parenté et non d'affinité. La parenté désigne le lien du parrain et de sa filleule ou de la marraine avec son filleul, l'affinité, le lien qui unit parrain et marraine.

les fonts baptismaux, qui ne peut s'unir à la mère de son filleul, que celui-ci même qui ne peut s'unir à sa marraine. La parenté spirituelle ira même jusqu'à lier les deux filleuls du même parrain. « Il faut ajouter, dit la loi, ceux qui, par un seul parrain, se trouvent frères spirituels par le saint baptême ⁵. »

On ne peut, non plus, épouser sa parente par le sang. Les parents ne peuvent épouser leurs enfants, les frères, leurs sœurs, les enfants de ceux-ci ne peuvent se marier entre eux, ni les enfants des enfants.

En un mot, ce droit est celui du concile *In Trullo*, un peu développé cependant, auquel on a ajouté le cas des cousins issus de germains, les ἐξ ἀδελφῆς τιμτομένοι⁶ et le cas des frères spirituels non désigné au concile de 692, mais déjà envisagé à Rome.

Telles sont les prescriptions qui furent le point de départ, dans l'Empire byzantin, d'une réglementation que nous allons étudier maintenant.

La consanguinité.

Dans ce domaine, on s'en tint aux règles que nous venons de rappeler. Bien que le Prochiron⁷ soit l'œuvre de Basile et que l'Epanagogé débute par le rejet des bavardages d'Isauriens, on peut constater que, dans le dernier quart du ix^e siècle, on avait conservé les prescriptions que nous avons rapportées. La forme seule en était un peu différente ⁸.

Les mariages défendus, disait-on, dans une formule

5. *Ecloga*, 2 et 3, reproduisant le Code de Justinien, 26, c. 5-4.

6. Cf. ZACHARIE VON LINGENTHAL, *op. cit.*, p. 65.

7. Cf. ZACHARIE VON LINGENTHAL, *op. cit.*, p. 63 et suiv. (trad. LAUTH, p. 7).

8. J. PARGOIRE, *op. cit.*, p. 317. Vers 885, les auteurs de l'*Epanagone* hauseront les épaules devant les textes législatifs de 739, parce que « bavardages d'Isauriens » et en 963, les évêques du synode permanent feront fi d'une constitution sur le parrainage, parce que « loi du copronyme ». *Epanagoge*, proam.; t. CXXII, col. 88a, *P. G. M.*

apparentée au Digeste, sont ceux qui se contractent avec les parents en ligne directe, à l'infini, même dans le cas d'une filiation naturelle. L'Epanagogé donne la longue et fastidieuse liste des cas particuliers dans lesquels le mariage est interdit. Ce qu'il faut en retenir, c'est que le Droit byzantin, si nous en croyons les témoignages du patriarche Sisinius, en 997, continua de limiter aux enfants des cousins, l'empêchement de mariage entre parents : ἐξαδέλφων καὶ τῶν ἀπὸ τούτων τικτομένων καὶ μόνων.

En 1038, le patriarche Alexis rappelle que les mariages au sixième degré ne sont pas nuls, mais seulement punis de peines ecclésiastiques. Une lettre du patriarche Michel Cérulaire, de 1057, nous montre qu'à cette époque, on s'en tenait encore aux dispositions qu'avaient prescrites le Prochiron et l'Epanagogé⁹.

L'affinité.

Après l'Ecloge, l'affinité demeura l'empêchement qu'avait formulé Léon; on ne fit qu'accentuer la tendance que nous connaissons, d'assimiler de plus en plus l'affinité à la consanguinité¹⁰.

La parenté adoptive.

La parenté adoptive, dans toute cette histoire, continua de suivre à la lettre la législation romaine qui avait été son point de départ¹¹.

9. ZACHARIE VON LINGENTHAL, *op. cit.*, p. 64, n. 102; LEUNCLAVIUS, *J. G. R.*, I, p. 206-204.

10. ZACHARIE VON LINGENTHAL, 3^e éd., p. 65 (traduction LAUTH, p. 9). Il y aurait à revoir de près les raisonnements que cet auteur prête à Sisinius, pour l'année 997. La question envisagée ici (p. 66) s'était déjà posée sous Grégoire I, on se souvient de l'occasion. Il s'agit sans doute d'un raisonnement fait après coup. On peut faire la même remarque pour les décisions synodales du Patriarche Xiphillin en 1066, qui admettent la fiction d'affinité, dans le cas des fiançailles, mais on se souvient que Servius Sulpicius la faisait également et après lui Labeon.

11. Cf. ZACHARIE VON LINGENTHAL, *op. cit.*, p. 69 (traduction LAUTH, p. 12).

Le Prochiron, l'Epanogoge, les Basiliques reprirent simplement ses prescriptions. Mais, un ancien scholiaste de l'Epanagogé remarquait déjà que le lien de parenté créé par l'adoption s'étendait à toute la parenté de l'adopté. La proscription de mariage visait, dès lors, tous les parents et les alliés de l'adopté aux degrés défendus. Les juristes postérieurs s'en sont tenus à ces règles et assimilèrent, de plus en plus, la parenté adoptive à la parenté par le sang.

Un cas particulier assez piquant est envisagé par l'auteur de l'Epanagogé. Mon grand-père maternel a pris une jeune fille en adoption¹². Mon père l'appelait sa sœur, moi-même, je l'appelais tante. Il fut décidé qu'il y aurait un véritable empêchement de mariage si cette tante avait rempli le rôle de mère : ἐπειδὴ μητέρων τάξιν ἐπέχουσιν, règle que les Basiliques de Léon le Sage retiennent également¹³.

La parenté spirituelle.

L'empêchement de parenté spirituelle demeura, lui aussi, ce que l'avait fait l'Eclogé, non sans que les juristes ne cherchent à en déduire les conséquences les plus lointaines.

12. Texte dans LEUNCLAVIUS, *Juris graeci-romani*, tam canonici quam civilis tomi duo Iohannis Leunclavii studio eruti, 1601, p. 201.

13. LEUNCLAVIUS, *J. G. R.*, I, p. 204; ZACHARIE VON LINGENTHAL, *op. cit.*, p. 64, n. 100, sur la date de la sentence.

CHAPITRE III

EXPANSION DE LA DOCTRINE PONTIFICALE EN GERMANIE.

L'ŒUVRE DE SAINT BONIFACE.

Bien qu'à son origine, la doctrine pontificale n'ait paru qu'une adaptation de principes étrangers, elle devint, par la suite, la loi générale de la chrétienté. Au milieu du viii^e siècle, en effet, plus qu'à toute autre époque, les peuples catholiques avaient les yeux fixés vers le pontife romain¹ et le Droit matrimonial que nous avons vu se former ne devait pas tarder à s'imposer aux peuples nouvellement gagnés à la foi².

En étudiant la discipline anglo-saxonne, nous avons déjà invoqué l'œuvre de saint Boniface. Nous étudierons maintenant, d'une façon systématique, ce document historique de première importance qu'est la correspondance du Grand Apôtre, pour montrer dans quelle mesure il s'est fait le zéléteur du Droit pontifical et comment il s'efforça, en particulier, de faire pénétrer en Germanie³, les règles des empêchements de mariages élaborées au concile romain de 721.

1. Cf. H. LAU, *Die Angelsächsische Missionsweise in Zeitalter des Bonifatius*, 1909, p. 11 et suiv.; G. KURTH, *Saint Boniface*, 1892, : F. ZEHETBAUER, *Das Kirchenrecht bei Bonifatius dem Apostel der Deutschen*, 1910, p. 1 et suiv.

2. Les progrès du christianisme, pour cette époque, sont bien connus. Cf. Vita sancti Sturmi : « Quo cum multum temporis praedicando et baptizando cum suis presbyteris peregris et per regiones quasque singulas ecclesias construxisset », texte cité par H. LAU, *op. cit.*, p. 39, n. 165.

3. On trouvera une étude de l'ensemble du Droit canonique dans les lettres de saint Boniface, dans F. ZEHETBAUER, *op. cit.*, 1910.

C'est par les circonstances de sa vie apostolique, par ce journal d'un évêque missionnaire, qu'il nous est donné de pénétrer, au jour le jour, mieux que par les textes législatifs, dans la vie naissante de ces nouvelles Eglises.

C'est à l'occasion des cas difficiles qu'il doit résoudre quotidiennement, qu'un évêque est amené à questionner le Pape et à lui demander la solution des litiges où les circonstances s'opposent aux textes législatifs ou aux traditions en vigueur ⁴. Boniface, au cours de sa carrière, fit appel à ce mode d'information ⁵. Rome était, à ses yeux, l'autorité suprême ⁶. En 716, pendant son séjour à la Ville éternelle, il avait pu se convaincre de la nécessité de recourir à ses lois. Il n'y manqua jamais et sut imposer les règles que Rome avait décrétées, malgré les objections raisonnables que sa culture théologique pouvait parfois leur opposer ⁷.

Nous chercherons à exposer les dispositions canoniques relatives à l'empêchement de parenté, que Boniface rappelle çà et là, dans ses lettres, en étudiant d'abord la parenté et l'affinité selon la nature, ensuite la parenté et l'affinité spirituelles.

Empêchement de parenté et d'affinité.

Le point de départ de la science bonifacienne sur cette question fut une consultation de l'année 726, à pro-

4. Boniface recourt au Pape, soit pour une dispense, soit pour un privilège, soit pour un appel, soit pour l'excommunication. Cf. F. ZEHETBAUER, *op. cit.*, p. 14 et suiv.

5. Nous faisons allusion à un cas d'empêchement de mariage sur lequel nous aurons plus tard l'occasion de revenir, l'empêchement de consanguinité du quatrième degré.

6. F. ZEHETBAUER, *op. cit.*, p. 3.

7. C'est le cas de l'empêchement de parenté spirituelle. G. KURTH, *op. cit.*

pos de la lettre de Grégoire le Grand à Augustin de Cantorbéry⁸.

La lettre de Grégoire, on s'en souvient, avait permis le mariage à partir de la *deuxième génération*; ce qu'on avait exprimé, en Angleterre, en interdisant les mariages jusqu'au *quatrième degré* de computation romaine⁹; nous l'avons vu par un texte du faux Isidore, nous le verrons plus loin par un texte de Boniface. Mais, si on appliquait à la lettre de Grégoire la computation romaine, on la mettait en contradiction avec la tradition anglo-saxonne. On lui faisait dire que les mariages étaient permis au *troisième degré* et qu'un oncle pouvait, par conséquent, épouser sa nièce. C'était précisément la prétention des Germains qui peut paraître étonnante après les efforts répétés des Eglises franques pour imposer l'extension de l'empêchement jusqu'au quatrième degré, jusqu'à la *consobrina*¹⁰.

Boniface pressentit une erreur; mais, ne voulant pas, de sa propre autorité, s'élever contre une lettre de Grégoire le Grand, il résolut de s'informer du Droit pontifical, par l'intermédiaire d'un de ses prêtres, Dénual, qu'il envoya à Rome¹¹. En même temps qu'il rapportait à Grégoire II les magnifiques résultats de la mission, il lui posait une série de questions d'ordre disciplinaire,

8. Cf. M. TANGL, *Die Briefe des heiligen Bonifatius und Lullus*, 1916, p. 44 et suiv., epist. 26.

9. Saint Grégoire avait écrit, traduisant une règle romaine, en langage biblique : « Il est impossible de se marier dans les deux premières générations ». Les Anglo-Saxons comprenaient : « Il est impossible de se marier, dans les deux premiers degrés », de là, leur prétention d'épouser la nièce qui est au troisième, Cf. J. FREISEN, *op. cit.*, p. 380, n. 26.

10. M. TANGL, *op. cit.*, p. 84, epist. 50 : « Quod non estimamus esse verum; quia synodus et ecclesia, in qua natus et nutritus fui, id est in transmarina Saxonia Lundunensis synodus, inprimis a discipulis sancti Gregorii, id est Augustino, Laurentio, Iusto, Millito, archiepiscopis constituta et ordinata fuit, talem copula et matrimonium maximum scelus et incestum et horrible flagitium et damnable piaculum fieri ex auctoritate sanctae scripture iudicabant. »

11. M. TANGL, *op. cit.*, p. 44, epist. 26, n. 1 de la même page : « Missus Denuel religiosus presbiter. »

parmi lesquelles nous trouvons l'empêchement de parenté.

Dans la réponse que Grégoire fit à l'ambassadeur de Boniface, nous trouvons la règle formelle : « Le mariage ne peut se contracter avec un parent à quelque degré que ce soit ¹² », expression romaine du texte fondamental du Lévitique, si bien mis en œuvre par l'Eglise de Tolède. Le Pape, qui connaissait sans doute, déjà, la législation du clergé d'Espagne, rappelle les termes précis du concile de Tolède :

« Aussi loin qu'on se connaît un lien de parenté avec une personne, on ne peut l'épouser ¹³. »

Mais, ajoute le Pape, cette sévérité serait une maladresse chez un peuple aussi barbare, et, au moment même où Rome vient d'adopter pour elle-même cette mesure, il ne peut être question de l'imposer à de si jeunes fils de l'Evangile. Il faut transiger, à l'exem-

12. M. TANGI, *op. cit.*, p. 45, epist. 26. Ce texte a servi au Faux Isidore comme on peut le voir dans les décrétales pseudo-isidoriennes, (p. 751 de P. HINSCHIUS) et au livre II de BENEDICTUS LEVITA, chap. 80, dont le texte a été identifié par E. SECKEL, *Studien zu Benedictus Levita* dans la *Neues Archiv*, 34, 341. Cette identification est visée dans FOURNIER et LE BRAS, *op. cit.*, t. I, p. 154, n. 1 et par M. TANGI, *op. cit.*, p. 45, n. 2.

13. L'expression de la prohibition comporte, en effet, un souvenir de Tolède. C'est en Espagne que le mot « affinitas » est pris dans son sens large de parenté. Ailleurs il comporte un sens plus spécial de parenté par son conjoint. Cf. concile de Tolède, canon 5. MANSI, *op. cit.*, VIII, col. 786. La réponse du pape à Grégoire est dans M. TANGI, *op. cit.*, p. 87; M. G. H., *Epist.*, t. III; S. *Bonifatii et Lulli Epistolae.*, 51, p. 304, anno 743 : « De illo namque, qui viduum avunculi sui, quae et ipsa fuit uxor consobrini sui et sacrum velamen habere monstrata est, et a beatae memoriae praecessore nostro sibi licentiam concessam esse divulgavit, ut eam in pernicioso matrimonio adsumi debuisset, absit hoc, ut decessor noster ista praeciperet. Nec enim ab hac apostolica sede illa diriguntur, quae contraria esse patrum sive canonum institutis probentur. Ammonere, adhortare, increpare eos, frater karissime, ne cesses, quatenus a talibus scelestis recedant matrimonii, ut non in aeternum pereant. Reminiscentur enim, se Christi sanguine esse redemptos. Et non sponte se contradant — nisi ab isto recesserint incestu matrimonio — diaboli potestati, sed magis illi Deo et Christo filio eius, spiritui quoque sancto, in cuius nomine ab illius antiqui hostis erepti sunt potestate. Elaboram namque, sanctissime frater, in eis, quia scriptum cognoscis : « Qui converti fecerit peccatorum ab errore viae suae, salvabit animam eius a morte et suorum operit multitudinem peccatorum ! Nam et nos ei pro hoc commonitoria scripta direximus. »

ple de saint Grégoire. « Que les Germains s'unissent à partir du quatrième degré », conformément au Droit canonique franc, issu du Code théodosien, aussi longtemps qu'ils ne seront pas profondément christianisés ¹⁴. Mais, que l'on sache bien, ajoute le Pape, qu'il s'agit d'un véritable privilège accordé aux Germains pour qui cette faveur était encore une restriction ¹⁵.

C'était encore pour eux une telle sévérité qu'ils ne cessaient, malgré la réponse du Pape, d'invoquer le souvenir accommodant et mal interprété de Grégoire le Grand. Boniface voulut connaître ce texte auquel les Germains faisaient remonter l'autorisation de mariage entre parents au troisième degré, ce texte qui apaiserait les querelles, justifierait ceux qu'on accusait d'inceste, et rassurerait Grégoire II lui-même.

Mais, après toutes les recherches, la fameuse lettre resta introuvable. A Rome, où, cependant, toute la correspondance de Grégoire avait été conservée, il n'en restait aucune trace ¹⁶.

Boniface, alors, s'adressa aux Anglais qui, peut-être, avaient été plus attentifs à conserver une aussi précieuse charte. Il écrivit à Nothelm, archevêque de Cantorbéry, le pressa de rechercher et de vérifier l'existence

14. M. TANGL, *op. cit.*, p. 45 : « Sed qua temperentia magis et presertim n tam barbaram gentem placet plus quam districtione censura concedendum est, ut post quartam generationem iungantur. » Cf. FR. ZEHETBAUER, *op. cit.*, p. 121, qui ne semble pas connaître ce texte.

15. Bien que dans la lettre 51, M. TANGL, *op. cit.*, p. 90, Zacharie réponde que le Pape n'a pas compétence pour accorder dispense dans tous les cas d'empêchements; F. ZEHETBAUER, *op. cit.*, p. 20, rappelle le point de vue pontifical.

16. M. TANGL, *op. cit.*, p. 57 : « Quia in serinio romanae ecclesiae ut adfirmant scrinari, cum ceteris exemplaribus supradicti pontificis quesita non inveniebatur. » L'éditeur des lettres de Grégoire I (EVALD-HARTMANN, *M. G. H. Epistol. II, Gregorii I*, Berlin, 1890, p. 331, n. 1) pense que Bède conservait alors la lettre; cf. M. TANGL, *op. cit.*, p. 57, n. 4; R. GÉNESTAL sur A. ESMEIN, *Le mariage en Droit canonique*, 1^{re} p. JAFFÉ WATTEMBACH, 1885, croyait à l'authenticité de la lettre, *Reg. Pont.*, n° 1843, 1414; R. VON SCHERER, *Hist. Jahrb. des Görresgesellschaft*, V, p. 251, émettait des doutes; FR. SCHULTE, *Lehrb. des Kath. K. R.*, p. 165, n. 33, la considérait comme non authentique, J. FREISEN, *op. cit.*, p. 380.

de cet étrange droit des Anglo-Saxons, de se marier au troisième degré¹⁷. Il ajoutait : On ne trouve rien à la chancellerie pontificale, dans le recueil des lettres de Grégoire le Grand. Il faut aller vite, pour déjouer le faussaire qui pourrait gagner de vitesse les recherches loyales que Nothelm ne manquera pas d'entreprendre¹⁸, et pour ne pas laisser trop de causes pendantes. Les questions matrimoniales, en effet, n'étaient pas les moins importantes dans ces chrétientés qui s'éveillaient à peine à la vie canonique.

Mais la lettre demeura introuvable.

Boniface, cependant, devait résoudre une affaire délicate. De nouveau, il écrivit au Pape :

« Un laïque, grand personnage, est venu à nous, en disant qu'il avait reçu licence du siège apostolique d'épouser la veuve de son oncle, qui, après avoir épousé un cousin germain, avait pris le voile de son vivant, pour le rejeter ensuite¹⁹. »

Comment devait-on agir ?

Cet incident, relaté dans la correspondance de saint

17. Cf. M. TANGL, *op. cit.*, p. 56. La lettre de Boniface à Nothelm, archevêque de Cantorbéry : « In qua inter cetera capitula continetur, quod in tertia generatione propinquitatis fidelibus liceat matrimonia copulare. » La réponse de Grégoire à la question d'Augustin était celle-ci : « Necesse est, ut iam tertia uel quarta generatio fidelium licenter sibi iungi debeat. » (*M. G. H.*, Reg. Greg., I, éd. EWALD-HARTMANN, t. II, p. 335.)

18. C'est ce qui faisait douter notre maître R. Génestal, de l'authenticité de la lettre, à côté des doutes qu'il trouvait dans le vocabulaire de Grégoire, trop technique pour l'époque. Mais nous pensons que la technique du Droit romain et celle du Droit byzantin n'étaient pas oubliées complètement. M. TANGL, *op. cit.*, p. 57, l. 15.

19. Epist. 50, *M. G. H. Epist.*, t. III, *Mer et Kar. aev.* I, 1892, éd. DUMMLER, p. 300 et suiv. M. TANGL, *op. cit.*, p. 83 : « Quia laicus quidam magne personae ad nos veniens dicebat : sibi ab apostolicae sedis pontifice sanctae memoriae Gregorio datam fuisse licentiam, ut in matrimonium acciperet viduam avunculi sui. Quae et ipsa fuit uxor consobrini sui, et ipsa illo vivente discessit ab eo; et isti viro — qui, nunc eam accipere desiderans, adfirmat sibi licentiam datam — in tertio ienuculo propinqua illius esse dinoscitur; et votum vovit Deo castitatis et velata fuit et iterum, abiecto uelamine, maritata Tale enim matrimonium supra dictus homo sibi ab apostolica sede adfirmat esse. Quod non estimamus esse verum. Qua propter paternitas vestra huius rei veritatem nobis iudicare non dedignetur, ut ecclesiae sacerdotibus vel populo christiano inde scandala et scismata vel novi errores non oriantur et conrescant. »

Boniface, est très instructif. Il confirme, en effet, ce que nous disions précédemment de la computation de parenté employée par Boniface. Ce laïque lui demande l'autorisation d'épouser la femme de son oncle, parce qu'il a, dit-il, le privilège du siège apostolique de pouvoir contracter mariage au troisième degré. Les autres circonstances dont l'affaire se complique ne changent pas la situation de ce noble germain. Mais sa prétention n'est fondée que si Boniface emploie le comput romain de la parenté, et insoutenable dans tout autre cas. S'il employait le comput germanique, il ne s'agirait ici de mariage ni avec l'oncle, ni avec le cousin, dont il est aussi parlé dans la lettre, et qui appartient à la seconde génération. Il ne peut y avoir le moindre doute à ce sujet.

Boniface s'était adressé à Grégoire II pour la solution de ce litige; ce fut son successeur, Zacharie, qui répondit : Il rappela le principe qui devait annihiler du coup toute discussion; si même la lettre de Grégoire était authentique, le Pape n'avait pas le pouvoir de permettre ce qui était contraire aux décrets des Pères et des canons.

En 732, Grégoire III prescrivait à son tour à Boniface la règle du septième degré :

« Nous décrétons que chacun doit respecter sa parenté jusqu'à la septième génération ²⁰. »

Cette règle devait être celle de la *gens christiana*.

*
**

Tout ce que les Germains avaient obtenu en faisant appel à un privilège extravagant était la perte des bénéfices que la politique sage et modérée d'un Pape éminemment conciliant leur avait octroyés. Toutefois, il ne

20. M. TANGL, *op. cit.*, p. 51 : « Progeniem vero suam usque ad septimam observare decernimus generationem. »

semble pas que ces décisions sévères aient été durables. Finalement, la loi du quatrième degré romain s'établit et persista.

L'empêchement de parenté spirituelle.

Le précepte de Dieu s'étendait même plus loin que Boniface l'avait tout d'abord pensé. En 735, sa conscience fut troublée par une question d'empêchement. Il ne s'agissait plus d'un cas particulier, mais d'une règle générale relative à l'empêchement de mariage entre personnes unies par des liens spirituels. Des prêtres lui reprochaient d'avoir toléré de telles unions et lui rapportaient que, chez les Francs, il y avait là une faute capitale, un péché grave à Rome ²¹. Le parrain et la marraine, étant respectivement père et mère spirituels de l'enfant, une union charnelle entre eux était proprement un inceste ²².

Boniface n'en voulait cependant rien croire, et déclarait que, si même un tel mariage était un péché, il l'ignorait, ne l'ayant jamais appris des anciens canons, des décrétales des Papes ni du *calculus peccatorum* ²³.

21. M. TANGL, *op. cit.*, p. 56 : « Adfirmant sacerdotes per totam franciam et per Gallias nec non et pro his maximi criminis reum esse hominem, qui in matrimonium acciperit illam viduam, cuius antea filium in baptismo adoptivum suscipiebat. » *ibid.*, p. 75 et suiv. « Quod Romani peccatum esse adserunt et capitale peccatum, ita ut in talibus divortia facere precipiant et adfirmant regnantibus christianis imperatoribus illius matrimonii scelus capitali sententia multandum uel peregrinatione perpetua delendum. » Cette « peregrinatio perpetua » n'est rien autre chose qu'un exil perpétuel. F. WASSERSCHLEBEN, p. 104-113.

22. C'est l'explication que l'on donnera plus tard. Boniface pense que, par le baptême, les hommes sont tous fils de Dieu. M. TANGL, *op. cit.*, p. 58 : « Quando omnes in sacro baptismo Christi et ecclesiae filii et filiae fratres et sorores esse comprobemur. »

23. M. TANGL, *op. cit.*, p. 56, epist. : « Actenus ignorabam et nec in antiquis canonibus nec in decretis pontificum patres mei in calculo peccatorum apostolos usquam enumerasse cognovi. » Nous trouvons ici en bon ordre, les sources du Droit canonique chez saint Boniface. C'est un chapitre que ZEHETBAUER n'a pas étudié pour lui-même et qui cependant n'eût pas manqué d'intérêt.

Il organisa une consultation. Nothelm de Cantorbéry, Pechtelm et Dudon furent appelés à donner leur avis :

« Si vous trouvez quelque chose à ce sujet dans la littérature ecclésiastique, faites m'en part et dites-moi votre avis personnel. Pour moi, je ne puis comprendre comment ces deux parentés sont assimilées quand le baptême fait de tous les chrétiens, fils et filles du Christ et de l'Eglise, des frères et des sœurs entre eux ²⁴. »

A chacun de ses correspondants, il a fixé sa tâche particulière. Pechtelm, évêque, recherchera dans les écrits ecclésiastiques si la question est débattue et fondée. Nothelm, archevêque, jugera du péché de Boniface d'après les textes authentiques du Droit ecclésiastique ⁵² et Boniface fera valoir devant son juge sa bonne foi et son innocence. Dudon, le confident et l'ami, dans la conversation qu'il aura avec le prêtre Ealva ²⁶, dira si l'Ecriture voit bien là le péché mortel qu'y reconnaissent les Romains. Boniface semble presque se défier de cette originalité romaine. Et cependant, nous savons que depuis une date bien antérieure, depuis le concile de 721, la parenté spirituelle était fermement établie à Rome, comme empêchement de mariage.

Chez les Francs, c'était aussi une règle établie et, si Boniface n'y insiste pas, il convient, cependant, que nous nous y arrêtions.

Nous n'avons recontré, à vrai dire, ni dans les conciles, ni dans les autres sources que nous avons rappelées, cet empêchement, dont nous avons, au contraire,

24. M. TANGL, *op. cit.*, p. 59, epist. : « Et si aliquid in scriptis ecclesiasticis de hoc peccato disputatum aliquid reperias, mihi manifestare non dubite. »

25. TANGL, *op. cit.*, p. 57 : « De uno peccato comisso vestrum consilium desidero. »

26. TANGL, *op. cit.*, p. 58, epist. 34. : « Et si tibi placuerit, ut iusseris, ambo inter nos ita faciamus, ut quidquid tibi filius meus, Ealva presbyter, gerulus litterarum mearum, verbo indicaverit de matrimonio commatrum, quarum filios in baptismo suscepimus, in scripturis quere, unde indicetur capitale peccatum esse apud Romanos. »

décrit l'apparition et le développement en Orient. Mais l'histoire du divorce de Chilpéric et d'Audovère, telle que l'explique, en 725, la Chronique des Francs²⁷, qui interprète le court texte de Grégoire de Tours, nous montre que, dès cette date, l'empêchement de parenté spirituelle avait pénétré chez les Francs.

L'histoire est bien connue. Chilpéric, marié à Audovère, attendait d'elle un enfant, au moment où il dut partir combattre les Saxons. La naissance eut lieu en son absence. Frédégonde, restée à la demeure royale, eut l'ingéniosité de conseiller à la reine, pour que le roi ait à son retour le plaisir d'avoir une fille déjà née à la vie chrétienne, de solliciter de l'évêque qu'on baptisât immédiatement la jeune princesse. Le baptême se fit et, comme la reine, très imprévoyante, n'avait pas songé au choix d'une marraine, elle fut, elle-même, marraine de sa fille²⁸.

Au retour de Chilpéric, Frédégonde s'empressa d'expliquer l'aventure au roi et de tirer avec une logique implacable la conclusion suivante²⁹ :

« *Cum qua dominus meus rex dormiet hac nocte ? quia domina mea regina commater tua est de filia tua Childesinde.* »

27. *De Audovera*, M. G. H. *Scriptores rerum merovingicarum*, I, p. 164 l. 19.

28. DOM BOUQUET, II, 561, dans les *Gesta Regum francorum*, ch. XXXI. On retrouve le récit dans la chronique d'Aimon, moine de Fleury, liv. III, VI, DOM BOUQUET, III, p. 68.

29. Voici en quels termes cette histoire est rapportée dans la *Monarchie sainte et historique de France, où les Vies des Saints et des Bienheureux, qui sont sortis de la tige royale de France sont relatées*. Cette œuvre fut écrite en latin par le R. P. Dominique de Jésus, religieux carme déchaussé, traduite et enrichie par le R. P. Modeste de saint Amable, religieux du même ordre, t. I, p. 145. Vie de saint Andoüere, femme de Chilpéric, reine de France et de sa fille Childesinde : « Frédégonde, qui n'était que sa servante, lui persuada de tenir elle-même sa fille aux fonts du baptême, lui remontrant qu'elle ne saurait la mettre en une main si honorable qu'était la sienne... Le roy étant de retour, cette malicieuse Frédégonde l'avertit de l'alliance spirituelle qu'il avait contractée avec sa femme, qui lui interdisait l'usage du mariage. Chilpéric, qui d'ailleurs, ne l'aimait guère, se servit de cette occasion pour la répudier. » BELLEFORET, I, I, ch. II, *Annales de France*; FRÉDÉGAIRE, *Hist. nom.*, 31; GRÉGOIRE DE TOURS, liv. V, chap. 39; AIMON, liv. III, chap. V, BARONIUS, en l'an 583.

Le roi décida tout simplement :

« *Si cum illa dormire nequeo, dormiam tecum.* »

et le divorce d'avec Audovère fut résolu à ce moment. Le roi envoya sa femme et sa fille dans un monastère, selon la sanction infligée habituellement à l'adultère.

Ce récit, qui suppose la connaissance de l'empêchement d'« affinité spirituelle », vaut pour l'année 725, où fut composée la Chronique, et non pour le règne de Chilpéric. Il prouverait, au contraire, qu'à cette époque, la règle n'était pas connue, sinon l'évêque n'eût pas fait le baptême ou, du moins, Grégoire de Tours ne se serait pas abstenu de qualifier sa conduite. De plus, l'histoire nous apprend que Chilpéric se sépara bien d'Audovère, mais que sa seconde femme fut Galswinte, et Frédégonde, la troisième seulement. Et c'est parce que l'empêchement de parenté spirituelle venait de faire son apparition et avait étonné l'auteur de la Chronique, qu'il utilise cette merveilleuse explication pour justifier le mariage du roi.

Cette histoire, qui nous permet de supposer la date d'introduction chez les Francs de l'empêchement de parenté spirituelle, nous permet également de connaître la sanction qui en punissait les manquements : la relégation dans un monastère de la femme coupable. Cette peine nous confirme bien l'origine byzantine de l'empêchement. Nous aurons, d'ailleurs, par la suite, l'occasion de trouver d'autres infiltrations byzantines chez les Francs dans le Droit canonique, pour une époque un peu postérieure.

Il peut paraître surprenant que Boniface ait ignoré, à la date de l'affaire en question, l'existence de cette loi chez les Francs et que, lors de son second voyage de Rome, en 722, il n'ait pas eu connaissance des décisions du concile de 721, touchant l'empêchement de parenté

spirituelle. Plus tard, en 733, quand il prolongea son séjour à Rome pour assister au concile, ne sut-il pas comprendre les textes approuvés par les Pères ? L'éclat des pompes romaines l'aurait-il à ce point intimidé qu'il ne comprît pas les prescriptions des conciles auxquels il assistait ?

Et cependant, l'œuvre de saint Boniface fut importante. Il introduisit chez les Germains la règle de l'empêchement étendu jusqu'au quatrième degré, maintenant ainsi le privilège accordé par Grégoire II. En second lieu, il fit entrer dans les Eglises germaniques l'empêchement d'affinité spirituelle. Nous n'avons pas à rappeler ici son œuvre de réorganisation des Eglises qui, seule, pouvait permettre l'application efficace de ces prescriptions.

CHAPITRE IV

L'EXPANSION DE LA DOCTRINE PONTIFICALE EN LOMBARDIE

Pour des raisons diplomatiques, les Lombards ne devaient pas tarder à accepter les décisions nouvelles que Rome avait promulguées en 721 ¹.

La première législation lombarde.

Le premier législateur lombard, Rotharis, le 22 novembre 643, promulgua, dans le palais royal de Pavie, le Livre des lois lombardes mises en ordre sur son initiative ². Son dessein était celui de tous les rédacteurs de lois barbares : opposer aux lois civiles romaines écrites, un texte qui, retenant des coutumes barbares, ce dont le souvenir avait été gardé, pourrait s'opposer à l'envahissement des législations plus savantes ³.

La première partie du recueil, qui va des articles 153 à 226, traite du Droit de famille et, en particulier, des

1. Le fait a même paru intéressant aux historiens qui ont noté l'empressement que mit Liutprand à accueillir les décisions du concile romain de 721. Cf. L. HALPHEN, *Les Barbares*, 1928, p. 208.

2. Edit. de ROTHARIS, *M. G. H.*; PERTZ, *leg. sect.*, t. IV, éd. BLUHME, p. 1 et suiv. E. BESTA, *Legislazione et scienza giuridica dalla caduta dell'Impero Romano al secolo decimosesto*, 1925; N. TAMASSIA, *Le fonte dell'edito di Rotari*, 1889; Ch. KIER, *Edictus Rotari*, 1889.

3. C. CALISSE, *Storia del diritto romano*, 1931, compare les intentions de Rotharis et celles de Théodoric et de Justinien, p. 32.

mariages. Le chapitre 185 est consacré à l'empêchement de mariage entre parents ⁴ :

« Il n'est permis à personne d'épouser sa belle-mère, c'est-à-dire sa marâtre, celle qui était antérieurement l'épouse de son père, ni sa belle-fille, c'est-à-dire la filiâtre, ni sa belle-sœur, qui a été auparavant la femme de son frère. »

Ce sont, on le voit, trois cas d'affinité : deux sont en ligne directe, *noverca* et *privigna*, un, en ligne collatérale, la *cognata* ou belle-sœur, souvenirs des règles les plus importantes du Droit romain du Bas-Empire.

La sanction suit immédiatement le texte de la loi :

« Si la femme a consenti à cette union, que l'homme qui l'a épousée paye une composition de 100 *solidi* et soit séparé d'elle, frappé par le roi, que la femme ne rentre en possession que de la moitié de ses biens, et que l'autre aille au trésor royal ; parce que les époux ont célébré des noces illicites, ils subiront cette peine en même temps que la séparation ⁵. »

On n'a pas de peine à retrouver dans ce texte, un écho lointain des réformes matrimoniales d'Auguste. Qu'est-ce que cette perte de la moitié des biens, si ce

4. BLUHME, *op. cit.*, p. 44 : « De incestas et inlecetas nuptias : Nulli leciat novercam suam, id est matrinia, qui fuit uxor patris, neque privignam, quod est filiastra, neque cognatam, qui fuit uxor patris, uxorem ducere. Et si ipsa concenserit, vir qui eam ducit, componat pro culpa in curte regis solidos centum et mox separetur ab ea, constrictus a rege. » G. TAMASSIA, *Le fonte dell'edito di Rotari*, 1889, p. 20 : « Per cio che riguarda l'impedimento dell'affinita, giova notare che a Recesvindo e descritta una costituzione in cui si proibisce : uxorem fratris... sibi in matrimonium copulare (*L. W.*, III, 5, 1). Ma già La L. R. W. C. Th. III, 12, 2 e la Child. II decret. c. 2 del 596 contenevano lo stesso divieto (cf. E. LOENING, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t. II, p. 350 e segg.) Ad ogni modo, tale proibizione è d'origine canonica : è probabile che esistesse una legge anteriore ce Recesvindo e conosciuta dal legislatore longobardo, o vero che esso quantunque ariano subisse l'influenza della chiesa catholica, sostenitrice ostinata di questo impedimento. »

5. BLUHME, *op. cit.*, p. 44 et suiv. : « Ex quod inlecitas consenserunt celebrare nuptias, hac poena susteneant et mox, ut dictum est, separentur. »

n'est la sanction imposée par la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* ⁶ ?

Réforme de Liutprand.

L'acceptation des dispositions romaines.

Le roi Liutprand, en réformant les lois de Rotharis, entre les années 713 et 735, se montra très accueillant pour les dispositions pontificales ⁷.

Dans les 153 chapitres qu'il a ajoutés aux lois lombardes, après les avoir promulgués dans les assemblées populaires, on peut voir, à côté des influences du Droit de Justinien, celles de l'Eglise gagner du terrain de jour en jour.

Ce sont des motifs politiques qui faisaient agir Liutprand de la sorte. Après avoir reconstitué autour de lui l'unanimité de son peuple, il reprit à son compte le programme des souverains de sa race, qui visait à transformer la Péninsule, d'une extrémité à l'autre, en un royaume purement lombard. En bon diplomate, il marquait pour la personne du Pape un respect qu'appuyaient, dans les actes publics, les qualificatifs de chrétien et de catholique accolés à son titre de roi ⁸. Il ne négligea rien pour marquer la bonne volonté de sa soumission à Pierre, en opposition aux Empereurs de

6. Cf. A. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la loi Julia de adulteriis coercendis*, Paris, 1878, p. 32 et suiv. Nous avons, par ailleurs, souvent rencontré cette assimilation. Nous avons vu, dans le chapitre du Droit romain, des textes interpolés, sur ce principe. Nous avons ici encore, une preuve de cette contamination. Ni l'étude d'A. ESMEIN ni celle de Th. MOMMSEN ne remplacent le vieux traité de BRISSON sur la « *Lex Julia* », Paris, 1607, qui met en lumière les traits originaux de la loi.

7. Cf. E. BESTA, *Storia del diritto italiano*, Parte prima, 1923, p. 129 et suiv.; C. CALISSE, *op. cit.*, p. 34; DEL GUIDICE, *Le trace di diritto romano nelle leggi longobarde*, dans les études d'histoire et de Droit, 1889, chap. X; C. CALISSE, *Diritto ecclesiastico e diritto longobardico*, 1889, et *op. cit.*, p. 41.

8. M. G. M. PERTZ, IV, *Legum*, éd. BLUHME, p. 128 : « Ego Liutprand in Dei nomine excellentissimus gentis christianae et catholicae Longobardorum rex. etc... »

Byzance⁹. Il reconnut la validité des testaments faits en faveur des lieux saints, l'affranchissement des esclaves, les privilèges des clercs, la répression du paganisme, tout ce que l'Eglise réclamait¹⁰. Il s'efforça même d'accueillir avec bruit les innovations relatives aux mariages entre parents avant même que l'Eglise byzantine les eût acceptées¹¹, et en marquant, une fois de plus, sa soumission au Pape qu'il déclare « vénéré dans le monde comme le chef de l'Eglise et du clergé ».

La loi commence par une déclaration de fidélité au droit divin : « *Hoc autem Deo iubente* ». « Selon l'ordre de Dieu », nous avons décidé de promulguer la défense à un homme d'épouser la veuve de son cousin (au quatrième ou au sixième degré romain). Si quelqu'un l'a fait, qu'il sache qu'il perd toute sa fortune et que les enfants nés de ces unions perdent tout droit successoral qui revient à leurs parents proches et, à leur défaut, à la *curtis regia*¹².

Les textes qui terminent la loi méritent d'être cités, car ils soulignent le lien avec le concile romain de 721 et éclairent nettement l'explication du canon 9 que nous avons donnée précédemment :

9. Cf. sur ce point et sur ce jeu de la politique des rois lombards, Ch. DIEHL, *Etudes sur l'administration byzantine dans l'exarchat de Ravenne*, Paris, 1888, in-8°, p. 211 et suiv.

10. Cf. NINO TAMASSIA, *Longobardi, Franchi, et chiesa romana*, 1888, p. 170.

11. Dès l'année 723, Liutprand admet les décisions du concile de 721; Byzance ne les accepte qu'en 740, avec mauvaise grâce.

12. BLUHME, p. 123, *op. cit.*, ch. 33 : « *Hoc autem Deo iubante statuere previdemus, ut amodo nullus homo presumat relictæ de consubrino aut insubrino suo uxorem ducere. Si quis autem hoc, quod illicitum est, amodo facere presumpserit, amittat substantiam suam. Et qui de tale coniugio procreati fuerint, legitimi heredes non existant, nisi parentes propinqui. Et si parentes propinqui non fuerint, curtis regia succedat. Hoc autem ideo adfiximus, quia, Deo teste, papa urbis romæ, qui in omni mundo caput ecclesiarum dei et sacerdotum est, per suam epistolam nos adortavit, ut tale coniugium fieri nullatenus permetteremus.* » Le « *Hoc Deo iubente* » indique, à notre avis, l'autorité du texte du *Lévitique* dans la défense. Mais il faut bien avouer que, dans la forme, ce texte ressemble à s'y méprendre à un autre texte de Justinien et qu'il faut, peut-être, dans cette imitation, reconnaître chez Liutprand, l'intention de supplanter l'Empereur auprès du Pape.

« C'est ce que nous décidons parce qu'au témoignage de Dieu, le Pape de la ville de Rome qui, par tout le monde, est le chef des Eglises de Dieu et des prêtres, nous a exhorté par sa *lettre* à défendre d'une façon générale, ces sortes de mariages. »

Bien que nous ne connaissions pas la lettre à laquelle il est fait allusion ici, il est hors de doute qu'à ce moment Grégoire II ait répondu aux avances de Liutprand, et songé à un rapprochement avec les Lombards, moins difficile et moins dangereux qu'un resserrement des liens qui unissaient encore Rome à l'Empire. Il est non moins certain que Liutprand ait accepté les dispositions du concile de 721. La comparaison des règles de ce concile relatives à l'empêchement de parenté, avec le chapitre 34 des lois de Liutprand, en est un témoignage ¹³ :

« Nous décidons qu'aucun homme n'épouse la femme avec qui il a été parrain dans un baptême ou une confirmation, comme nous défendons que le fils et la fille de la marraine et du parrain se marient entre eux, ils sont frères spirituels. »

Ce texte est une allusion manifeste au canon 4 du concile de Rome de 721, dont nous avons rapporté plus haut les mesures. Mais il faut remarquer que les Lombards se montrent plus empressés ¹⁴ que le Pape, et dépassent les limites dans lesquelles nous étions habitués à voir se maintenir en Occident l'empêchement de parenté spirituelle ¹⁵.

13. M. G. H., PERTZ, IV, *legum*, édit. BLUHME p. 124, l. 6 : « Per suam epis tolam nos adortavit ». Il ne s'agit peut-être, que de la notification à Liutprand par Grégoire II, des décisions du concile de 721.

14. Le texte disait : « Si quis commatrem spirituaalem duxerit in coniugium, anathema sit. » La lettre dont Grégoire II avait accompagné ce texte comportait peut-être plus de précision que le canon même du concile. Un des rares auteurs qui aient étudié la relation entre ces deux textes est G. TAMASSIA, *Longobardi, Franchi e Chiesa romana fino e tempi di re Liutprando*, 1888, p. 171 et suiv.

15. M. G. H., *Legum*, IV, édit. BLUHME : « Item hoc censemus adque precipimus, ut nullus praesumat cummatrem suam uxorem ducere. Sed nec filiam quam de sacre fonte levarit; neque filius eius presumat filiam illius uxorem ducere, qui eum de fonte suscepit, quia spiritualis germani, esse noscuntur. »

La lettre de Grégoire à Liutprand aurait-elle fait valoir auprès du roi les arguments de convenance qui pourraient s'opposer à une semblable union ? La tradition, en tous cas, devait maintenir cet empêchement, que nous retrouverons plus tard, sous le nom de fraternité spirituelle bien connue des canonistes ¹⁶.

Il faut reconnaître là, pensons-nous, l'influence directe d'usages byzantins ¹⁷, dont aucun texte ne nous a donné les témoignages précis, mais qui peut s'expliquer par les nombreuses relations entre l'Italie et l'Empire.

Le contact pouvait se faire par les moines d'origine grecque qui conservaient en Italie les usages et la langue de leur pays natal. A Rome même, ils écrivent leurs suppliques en grec et demandent qu'on leur traduise en grec les canons promulgués. Leur influence ne peut manquer de se faire sentir et, sans doute, faut-il voir, dans l'acceptation par Grégoire des canons du concile Quinisexte, le résultat de la pression impériale soutenue en Italie par les efforts incessants de ces communautés grecques.

La preuve que nous pourrions donner de ce rôle latent est, précisément, le développement si rapide de l'empêchement d'affinité spirituelle qui, dans ce domaine, où les acquisitions se font lentement et imparfaitement, dépasse en quelques années, de 721 à 723, la lettre même des décisions pontificales.

La computation lombarde de la parenté.

Pour interpréter l'étendue de l'empêchement de parenté dans les textes des législateurs lombards, nous

16. Cf. A. ESMEIN, *op. cit.*, éd. de R. GÉNESTAL, p. 411 et suiv.

17. Chez les Lombards, on les connaissait peut-être mieux que semblent le faire penser les textes. Cette remarque trouvera sa justification quand nous étudierons les conciles de Compiègne et de Verberie.

avons utilisé un mode de computation spécial, dont il nous faut maintenant dire quelques mots.

On travaillait beaucoup, en Lombardie. Les écoles de Droit y étaient des centres importants où les diverses disciplines pouvaient s'affronter et se pénétrer¹⁸. L'école de Pavie, en particulier, était une des plus anciennes et des plus importantes. Elle tenait son rôle de la place même qu'occupait la ville dans le royaume des Lombards ; les rois en avaient fait leur capitale, le centre administratif par excellence. Il lui appartenait de former les *advocati*, les *officiales*, les *conciliarii*, les *lociservatores*, les *vicarii*, gens qui, par profession, doivent être initiés au Droit¹⁹. On conçoit le rôle important de l'école dans la jurisprudence, dont, au temps même de Liutprand, elle avait déjà fixé quelques règles²⁰. Elle forme des juristes dont l'histoire nous a conservé le nom²¹. C'est Félix, l'oncle de Flavien, le propre maître de Paul Diacre²² ; Théobaldus, dont il est parlé dans un poème relatif à un concile de Pavie, de l'année 698 environ²³. Puis, pour une époque postérieure, le *liber papiensis*²⁴, nous est un témoignage de

18. Cf. C. CALISSE, *op. cit.*, p. 133 et suiv.

19. N. TAMASSIA, *Storia dell' diritto Italiano*, 1928, p. 162 (cours polygraphié).

20. Cf. Ch. FICKER, *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte*, t. III, § 452, p. 44, où un certain Théobaldus est cité comme *legum pertissimus*. Un texte de Paul Diacre nous donne un témoignage de la façon de procéder de l'école de Pavie, *M. G. H.*, éd. BLUHME, p. 166 : Le roi voulant punir un délit déterminé que l'Edit n'avait pas cependant prévu, et dont la peine n'était pas définie, chercha une analogie en vue de trouver la peine qui pourrait s'appliquer à la faute. Après avoir exclu une série de cas qui ne se prétaient pas à la comparaison, il trouva enfin, dans la sanction du dessein meurtrier, la peine qu'il choisira.

21. C'est essentiellement la fonction des écoles de droit anciennes, P. COLLINET, *Du Droit de Justinien*, Ecole de Beyrouth, 1928.

22. *M. G. H.*, éd. G. WAITZ, *Script. rerum longob. et ital.*, VI-IV, 1878, p. 107, 25. Il avait même mérité la faveur du roi : « Eo tempore floruit in arte grammatica Felix, patruus Flaviani praeceptoris mei, quem in tantum res dilexit, ut ei bacculum argento auroque decoratum inter reliqua suae largitatis munera condonaret. » Cf. G. MENGOLZI, *Ricerche sull' attività della scuola ai Pavia*, 1924.

23. Ce concile n'est cité par personne, ni par Mansi, ni par Hefele. Voici un fragment du poème en question :

24. MERKEL, en appendice à la traduction italienne de Savigny, *Storia del diritto Romano nel Medio Aevo*, t. III, trad. BOLATTI, 1854 ; SCILIANO-VILLANUEVA, *Liber papiensis* dans le *Digeste* italien.

la grande activité de ce centre, d'où sortiront Lenfranc, le futur archevêque de Cantorbéry²⁵, et Walcansus²⁶ dont le nom est le symbole de toute loi falsifiée.

Or, le *liber papiensis* est pour nous de la plus haute importance dans l'étude de la question délicate de la computation de la parenté en Italie. L'Ecole de Pavie, à la jonction du Droit barbare et du Droit romain, ayant choisi le second des modes de computation que nous avons définis dans notre introduction : le mode barbare, devait indirectement apporter un grand trouble dans l'histoire des empêchements de mariage.

Ce mode de computation, originairement établi pour le droit des successions, allait passer dans la théorie des empêchements de mariage. Voici comment le *liber papiensis* nous décrit ce comput²⁷, en imaginant une espèce soumise au tribunal. Pierre, demandeur, poursuit Martin à propos d'une terre qu'il détient injustement. Il déclare que le droit qu'il invoque lui vient de son parent Dominique. Contre cette affirmation, il demande à la partie adverse de faire valoir son titre. Martin répond que son droit vient du même auteur. La question se pose sous une nouvelle forme : lequel, de Martin ou de Pierre, peut prétendre plus légitimement à la succession de Marcoardus, l'ancêtre commune ? C'est le point à établir²⁸.

Pour la clarté de l'explication, nous joignons ces deux

« Ubi resedens papa pius Sergius,
Suos qui iussit adesse episcopos,
Gaudens recepit Thomam christi ministrum,
Theodalso simul legum peritissimum. »

cité par M. G. H., éd. BETHMANN, *Script. rer. Langol.*, p. 190 et suiv.

25. N. TAMASSIA, *Lanfranco, arcivescovo di Canterbury e la scuola Pavese*, mél. Fitting, 1908, t. II, p. 189 et suiv.

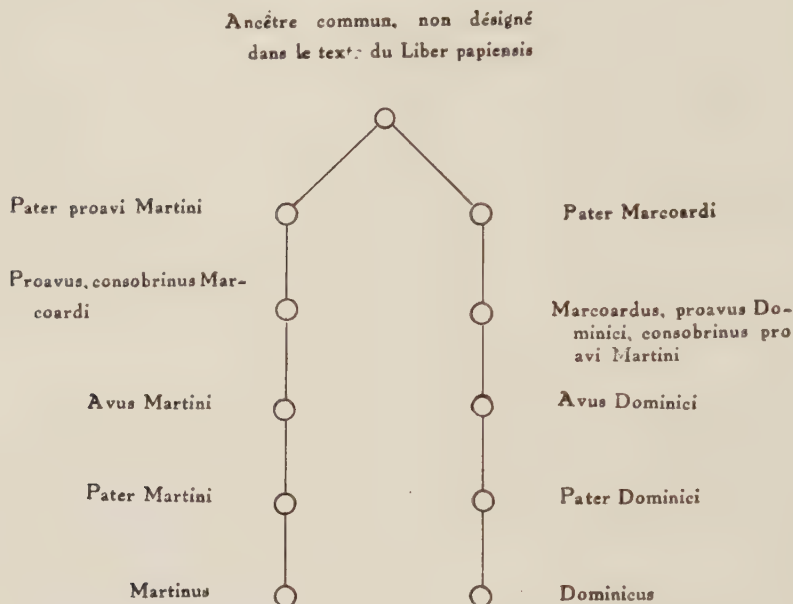
26. TRIFONE, *La fonte della storia del Diritto Italiano*, 1930, *Lex Walcansina*. Il n'avait d'ailleurs fait qu'ajouter aux textes purs, des textes qui n'étaient plus en usage. Cf. C. CALISSE, *op. cit.*, p. 153.

27. Le texte a été publié par M. THÉVENIN, *Textes relatifs aux institutions publiques et privées, aux époques mérovingiennes et carolingiennes*, 1887, formule 46, p. 55.

28. BLUHME, *op. cit.*, p. 324. « Petre te appellat Martinus, quod tu tenes sibi malo ordine terram... Ipsa terra de qua tu dicis, mea propria est de parte Domini parentis mei et tibi quid pertinet ad requirendum? »

tableaux qui mettront en relief la parenté relative de Pierre et de Martin :

I. Martinus.



II. Pétrus ²⁹.



29. Il est évident que s'il est fait mention de la mère de Dominicus, c'est pour montrer que toute parenté peut être invoquée, aussi bien celle qui s'établit par les femmes, que celle qui s'établit par les hommes. Faut-il voir là, une réaction contre des souvenirs du Droit romain, en conformité avec l'esprit du Droit canonique ?

Le demandeur est interrogé le premier ³⁰. Pierre explique alors que Marcoardus était le père de l'aïeul de Dominique en même temps que le cousin du père de son aïeul à lui. Ils étaient donc parents entre eux, dit le texte, au troisième degré. Mon aïeul et le sien, dit encore Pierre, étaient au quatrième, mon père et son père étaient au quatrième, moi et lui, nous sommes au sixième.

En réponse à cette généalogie, Martin doit établir la sienne qui fondera sa prétention ³¹. Elle est plus simple. Mon grand-père et celui de Dominique, de qui je me prétends héritier, dit-il, étaient frères, par conséquent parents au second degré. Mon père et sa mère étaient parents au troisième degré, moi et lui au quatrième.

Le défendeur sera ensuite interrogé pour prouver son droit contre le demandeur ³²; s'il ne peut le faire, celui qui a mis en mouvement le tribunal sera considéré comme ayant prouvé son droit. Si, cependant, les incidents de la preuve ne se présentaient pas à l'avantage du demandeur, le défendeur pourrait, à l'aide de serments, déclarer que sa parenté est plus proche et sa cause étant considérée comme la meilleure, il continuera de posséder la terre.

Ces manières d'établir la parenté sont des exercices d'écoles ³³. On ne veut que faire comprendre la façon de prouver en justice la parenté comparative de deux

30. *Eod. loc.* : « De parte ipsius. Tunc interroga ipsum qui tenet, quomodo fuit suus parens. Marcoardus proavus suus fuit consobrinus de pro avo meo et fuerunt in tercio gradu, avus meus et avus illius in quarto; pater meus et pater illius in quinto, ego et illi in sexto ».

31. *Eod. loc.* : « Interroga similiter illum qui pulsatur. Avus meus et avus suus fuerunt fratres et fuerunt secundo grado; pater meus et mater sua in tercio; ego et ille in quarto;... »

32. *Eod. loc.* : « ... cum fuerit nominata haec parentela interroga eum qui tenet, si potest probare, quod plus proximus sit, si non potest probare, probet ipse qui appellatur. Et si ipse non potuerit, iuret ipse qui appellatus est cum suis sacramentalibus, quod plus proximus sit et habeat ipsam terram. »

33. Cf. M. THÉVENIN, *op. cit.*, p. 55; C. CALISSE, *op. cit.*, p. 159.

personnes prétendant à un droit dérivé d'un ancêtre commun. Ce qu'il importe, pour nous, de retenir, c'est le mode de computation utilisé, le mode lombard.

Tout barbare qu'il puisse nous paraître, ce mode de computation n'en porte pas moins la trace manifeste d'une influence civile romaine. On est, en effet, étonné de voir les frères et sœurs appartenir, dans ce système, au deuxième degré, alors que, normalement, ils devraient faire partie du premier. Serait-ce, là, le souvenir des nombreux textes d'origine romaine en usage dans les écoles des cinq premiers siècles qui, si uniformément, plaçaient le frère et la sœur au deuxième degré ? Ne serait-ce pas plutôt un résultat de l'influence de la *curtis regia* qui aurait aidé à maintenir un principe qui pouvait lui être favorable dans certains cas de successions ? C'est ce qu'il est difficile de dire.

Quoi qu'il en soit, c'est ce mode de computation que nous avons utilisé pour interpréter les textes de Rotharis et de Liutprand. Nous y étions parfaitement autorisé ; c'est ce que nous allons prouver maintenant.

Le *liber papiensis* est du ^x^e siècle. La computation qu'il employait existait-elle déjà à l'époque des premiers législateurs lombards ?

Sans doute, on ne trouve pas dans les textes lombards eux-mêmes la preuve de l'antiquité de ce calcul. Un concile romain de 743 ³⁴, qui consacrait à la question de computation un long canon, le quinzième, aurait peut-être pu nous renseigner. Mais les manuscrits qui nous rapportent le texte des autres canons ne nous ont pas conservé celui-là.

C'est indirectement que nous serons amené à recon-

34. On se souvient des textes des conciles romains de 721 et 743 relatifs au comput de la parenté. Les lettres pontificales en traitent également. Cf. dans la *Patrologie latine* de MIGNE, *Zacharie*, t. 89, col. 751 et suiv.

naître là une pratique ancienne des écoles de Droit de Lombardie.

Tout d'abord, nous verrons plus loin que, deux décrets considérés, le plus souvent, comme des conciles francs, et datant du milieu du VIII^e siècle, ne représentent qu'une doctrine importée de Lombardie et témoignent de l'usage, à Pavie, de ce comput.

C'est une lettre du Pape Zacharie qui va nous fournir notre argumentation principale.

« Nous avons écrit, dit-il, sur les degrés de parenté, et de quelle façon il fallait compter pour établir la liste des parents avec qui le mariage est défendu ³⁵. »

Le *scriptus* suggère l'idée soit d'un concile antérieur où un canon d'origine pontificale aurait fixé la règle technique de ce calcul, soit d'une lettre que le Pape aurait pu écrire à une Eglise et dont il considérerait le texte comme réglant définitivement la question.

La première hypothèse ne s'accorde pas avec les textes que nous possédons des précédents conciles. Nulle part, nous n'avons rencontré, dans les conciles présidés par Zacharie, de règles sur ce sujet.

La correspondance pontificale présente, au contraire, sur ce point, plus d'intérêt. Il y a effectivement, dans les actes attribués autrefois à Zacharie, et considérés aujourd'hui comme apocryphes, une série de *capitula Zachariae*, qui s'occupent de la question ³⁶.

35. A. WERMINGHOFF, *M. G. H., Leg. sect. Concil. carol. aevi*, I, p. 19. « Scriptus de gradibus cognationum uel quomodo debeant quislibet amodo et deinceps legitimo coniugio copulari, et quia divina clementia nos omnes congregavit in unum ut ea quae necessaria sunt pro salute animarum Gregorius II... pro aliquas illicitas coniunctiones quae fiebant per hanc Italiam, seu langobardorum provincia... adgregato sacerdotali collegio, promulgata sententia anathematis vinculo obligavit, sed dum cerno adhuc populus in eodem errore persistere quod ingemescens dico... timeo ne nos qui rectores animarum vocamus..., etc. »

36. Cf. *P. L.*, MIGNE, t. 89, col. 959. Ces *Capitula* ont toutes une histoire qui a pu autoriser presque spontanément la suspicion : « Nescio quo fato

« On a consulté le Pape sur les degrés de parenté (*propinquitatis*, exactement selon l'expression même de Zacharie), on lui a demandé de définir ce que, lui, avec tous les défenseurs de la foi orthodoxe, soutient comme l'exacte vérité. »

Il répondit en peu de mots. Mais, comme si la consultation avait été faite à une époque de contestation, les premiers mots de la réponse sont écrits contre ceux qui appliquent, dans les affaires matrimoniales, les procédés de calcul utilisés dans les affaires successorales. Je suis en désaccord complet, dit Zacharie, avec ceux qui supputent la parenté à la manière des successions³⁷. Ils commencent par placer deux degrés au point de départ, si bien que le second est pour eux le troisième et ainsi de suite; toute la série des générations est corrompue. On peut voir que leur arbre généalogique est mutilé. Le tronc se trouve dépouillé de ses rameaux³⁸.

N'est-ce pas précisément à la computation en usage dans le *liber papiensis* que l'on peut faire un tel reproche? Et le Pape n'aurait-il pas en vue l'école de Pavie³⁹?

Zacharie décrit avec précision le système qu'il faut employer :

acciderit cum nonnulla Zachariae decreta in collectionem suam transfuderit Gratianum ea omnia Labbeus neglexerit. Cuius omissionis cum nullam idoneam causam upirire potuerim ideo, tanquam casa proeterito... censu praestare, ratus ut supleplua notuis nonnulla dare quam necessaria omittere videar : cum praesertim integrum habeam pontificis huius decretum ex Ms. Cod. Pistoriensi producendum. »

37. « *Abhis omnino dissentio qui perverse parentelae successiones supputantes gradum diducunt.* »

38. MIGNE, *op. cit.*, p. 89, col. 959 : « De gradibus propinquitatis super quibus parvitatem meum vobis consulere placuit, quae ego cum omnibus orthodoxae fidei cultoribus sentio, ratum duxi paucis absolvere. At his omnino dissentio qui perverse parentelae successiones supputantes gradum diducunt. Denuo duos constituunt ac pro hoc primum gradum secundum; secundum vero tertium efficiunt, sicque ex parte seriem generationem corrumpunt, cum arborem quae de parentela compingitur ut ipsis abscessam conspicimus, corpus ut, ita dicam, truncatum suis artubus videatur. »

39. Cf. le texte donné à la note 31 : « Avus meus et avus suus fuerunt fratres et fuerunt secundo gradu. ». C'est précisément ce que Zacharie reproche aux avocats.

« Moi et mon frère, dit-il, nous ne formons qu'un degré. Mon fils et le fils de mon frère font la seconde génération. Et c'est ainsi qu'il faut continuer l'énumération des degrés ⁴⁰. »

Il pose encore le principe d'une supputation de l'affinité :

« Si moi et ma femme, nous ne formons qu'une seule chair, la parenté de ma femme et la mienne se confondent. Moi et la sœur de ma femme, nous sommes au premier degré, et ainsi de suite. Ma parenté est de la même façon, celle de ma femme. Ceux qui pensent autrement sont des antéchrists ⁴¹. »

Mais ce texte, si clair et si précis, a depuis fort longtemps été soupçonné. Mansi, cependant, le premier qui le rapporte, prétend le tenir d'un manuscrit du chapitre de Bologne dont la copie lui aurait été fournie par un chanoine érudit de cette ville à une époque où le savant éditeur s'appliquait à recouvrer tous les textes émanés des Papes. Après lui, Migne, confiant dans ses devanciers, l'édita ⁴².

Les auteurs qui mettent en doute cette authenticité ne s'expliquent pas à son sujet. C'est ainsi qu'on chercherait en vain dans les Regesta de Jaffé-Wattembach, l'autorité qui fonde la suspicion qu'il jette sur ce texte. Nicolas I^{er}, dès l'année 858, semble, au contraire, faire allusion à ces décrets de Zacharie. Dans sa réponse aux consultations des Bulgares, il renvoie, en effet, aux décrets de ce Pape, en laissant à leur évêque le soin d'en comprendre le sens « *de consanguinitate generatio-*

40. *Eod. loc.* : « Igitur parentelae gradus a nobis taliter computatur. Si quidem ego et frater meus una generatio sumus, primum gradum facimus nulloque gradus distamus ; rursus filius et fratris mei filii secunda generatio sunt ac gradum secundum faciunt. »

41. *Eod. loc.* : « Qui vero aliorum sentiunt, antechristi sunt. »

42. MIGNE, *op. cit.*, t. 88, col. 851 : « In codice, ut litterae plures interdum desint ; diligentia tamen viri docti et iis vetustis scripturis legendis exercitissimi Josephus Boselli, Pistoriensis sacerdotis, amici mei ita difficultates omnes superatae sunt ut integrum ferme exhiberi potuerit. »

num exquiritis... Sacri vero canones et praecipue Zachariae summi praesulis decreta quid hoc promulgent vestro vobis explorandum reliquimus ⁴³ ».

Nous pouvons encore invoquer en faveur de l'authenticité de cette *decreta*, l'hésitation du dernier éditeur de ces textes qui n'a pas, non plus, trouvé de raisons suffisantes pour rejeter d'autres lettres du même Pape, arbitrairement soupçonnées ⁴⁴.

A côté de ce dernier texte, nous pourrions encore rappeler, en faveur de notre acceptation du comput lombard, les querelles qui éclateront à l'époque de Pierre Damien, au sujet de la supputation canonique de la parenté.

*
**

Etant donnée cette atmosphère de querelles entre canonistes et civilistes, on comprend que le roi Astulf, dans un des appendices qu'il fit à la loi lombarde ⁴⁵, ait éprouvé le besoin de déclarer sa soumission aux canons et même à ce qui n'était pas explicitement déclaré dans les canons, mais d'usage pratique dans l'Eglise, au sujet des empêchements de parenté ⁴⁶.

Il existait donc une règle traditionnelle, plus sévère

43. MIGNE, *op. cit.*, 119, col.

44. M. G. H. Epist. t. VI.

45. Addition de 750, BLUHME, *op. cit.*, p. 195 : « Residente intra Ticinum in palacio nostro cum cunctis iudicibus et lagobardis universarum provinciarum nostrarum ; previdimus enim ut cum edictus Lang. aut. reg. prec. nostr. fuerat instituto, paruit in eius volumine adaugeri et in capitulare affigere die Kal. Mart.

46. F. BLUHME, *ed. cit.*, p. 163 : « De illicita coniunctione qui nec unde canones aut edictus habet, esse non possunt copulatus, placuit idem principi, ut a presente separentur ; et quis intra presentem indictionem causam istam de nostris iudices neglexerit ad iudicandum aut distringendum, componat vidriglid suum ; quia de causa ista apparet nobis et omnibus : qui talia consentiunt contra Deum et animam suam faciunt et malitia amplius crescit. » Or, on se souvient que Liutprand avait accepté la législation canonique. Depuis ce jour, il y avait donc eu une extension nouvelle de l'em-

encore que celle des canons et de l'édit, et qui semble révéler l'influence constante d'une loi que nous ne pouvons préciser encore.

pêchement qui correspond précisément : 1° A l'extension du 7^e degré dont il est parlé dans les lettres des Papes avant qu'il en soit question dans les conciles; 2° à l'extension dont nous retrouverons des traces aux conciles de Verberie et de Compiègne.

CHAPITRE V

ESSAI DE RÉFORME DE LA DISCIPLINE FRANQUE DES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE

Malgré les canons multiples inspirés du Droit théodosien sur plusieurs chefs, malgré les peines rigoureuses qui sanctionnaient leur application, malgré l'action concertée des deux pouvoirs, fondée sur des règles précises lourdement dégagées du Droit romain, nous avons vu, après les conciles de Paris et de Clichy, le royaume franc en proie aux abus de toutes sortes, à l'anarchie politique, aux désordres des mœurs dont le clergé ne cessait de se plaindre.

Partout ailleurs, au contraire, l'esprit disciplinaire trouvait une vigueur nouvelle, inspirée par un nouvel attachement au siège apostolique. Soit que les mœurs barbares aient été dominées plus facilement, soit que la seule autorité des textes bibliques nouvellement interprétés aient contraint les autorités religieuses à publier des lois plus sévères, le Droit évoluait vers des règles de plus en plus rigoureuses.

Les conceptions de l'Espagne catholique, appuyées sur celles du Droit byzantin, avaient triomphé à Rome, en apportant, dans les délibérations pontificales, leur netteté savante et précise. Un accord partiel entre les Eglises romaine et byzantine s'était fait sur les textes du concile Quinisexte relatifs au mariage. Les Anglo-

Saxons, en étroite union avec le Pape, venaient de déposer en Germanie le ferment d'une nouvelle discipline.

Les Francs allaient-ils demeurer longtemps encore étrangers à ce mouvement ?

Dès l'année 742, presque à la fin de la mission bonifacienne, ils se reprirent. Carloman et Pépin, élevés au monastère de Saint-Denis, résolurent de combattre, chez les Francs, les abus scandaleux qui risquaient de conduire l'épiscopat à la ruine ¹. Comprenant que la réforme deviendrait irréalisable si l'on n'agissait pas avec une extrême rapidité, ils firent appel à Boniface, dont la réputation était universelle, pour rétablir l'ordre canonique dans leurs Etats et pour améliorer la situation religieuse du royaume. Carloman se mit le premier à la tâche ².

Boniface avait l'expérience et toute l'autorité désirable. Missionnaire, il était devenu évêque; nommé en 732, par Grégoire II, il avait reçu la direction générale des Eglises de Germanie. Il était le vicaire pontifical, et vraiment digne de l'œuvre qu'on allait lui confier.

L'Eglise de Gaule se trouvait alors dans une situation désastreuse dont on a souvent retracé le tableau ³. La correspondance de Boniface nous donne des détails qui nous permettent d'apprécier la gravité du mal. Les conciles ne se réunissaient plus; au témoignage des vieillards, les évêques ne s'étaient pas rassemblés depuis quatre-vingts ans; on avait perdu le souvenir de la hiérarchie métropolitaine, tandis que le peuple, sous la houlette d'évêques fornicateurs ou meurtriers, s'aban-

1. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., p. 815.

2. Lettres de Boniface, epist. 50, édit. DUMMLER, *M. G. H. Epist. merov. aevi*, t. I, p. 299 : « Carlomannus dux francorum me accessitum ad se rogavit ut in parte francorum quae in sua est potestate, synodum cepere congregare. »

3. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., p. 815 et suiv., donne de longs détails sur la question et une bibliographie abondante, à laquelle il convient d'ajouter, H. VON SCHUBERT, *op. cit.*, p. 306 et suiv.

donnait à des aventuriers comme ce Clément et cet Adalbert dont les aventures prirent fin au concile romain de 743⁴.

Les Francs se ressaisirent vite, cependant, et furent entraînés dans le sillage du Grand Apôtre, qui demanda de nouveau à Rome : « *Consilium et preceptum* »⁵.

Le Pape reçut la nouvelle avec joie⁶. Il voulut faire aboutir la réforme, et ce résultat, pour lequel les Mérovingiens avaient fait vainement de longs efforts, fut acquis dès les premiers jours. Le Pape pria Boniface et Carloman d'assister en personne au concile qui s'ouvrit le 21 avril 742. Si le lieu de la réunion est inconnu, nous connaissons le but qui fut proposé : « Remettre en vigueur la loi de Dieu et la discipline ecclésiastique »⁷.

Peu de temps après, en 743, le concile de Leptines fut amené à s'occuper des mariages.

« Qu'aux termes des décrets, les adultères et les mariages incestueux, qui ne peuvent en aucune façon prétendre à la légitimité, soient défendus et corrigés par le tribunal de l'évêque »⁸.

Sur quels textes devait se fonder cette réforme ? A défaut d'allusions précises dans les sources, il n'est pas impossible de le supposer. On ne peut hésiter que sur

4. Cf. Correspondance de saint Boniface, *M. G. H., Epist. merov. aev.* Edit. DUMMLER, t. III, p. 299; le concile romain de 743, A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 38; HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., p. 815 et s.

5. DUMMLER, t. III, p. 299 : « *Consilium et preceptum vestrae auctoritatis, id est apostolicae sedis habere et sapere debeo.* »

6. Nous n'avons plus la lettre par laquelle Zacharie répondit au projet de Carloman, mais les lettres de Zacharie à Pépin de l'année 745, *M. G. H., Epist.*, t. I, p. 479, nous montrent quels pouvaient être les sentiments du Pape.

7. A. WERMINGHOFF, *M. G. H., Concilia*, t. II, p. 2. « *Quomodo lex Dei et ecclesiastica religio recuperetur, que in diebus preteritorum principum dissipata corruit.* »

8. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 7, canon 3 : « *Ut iuxta decreta canonum adulteria et incesta matrimonia, quae non sunt legitima, prohibeantur et emendentur episcoporum iudicio.* » « *Prohibentur et emendentur* », dit ce même canon.

deux séries de textes : ou bien les décrets des conciles romains récents, ou bien les canons des anciennes Eglises mérovingiennes.

Il est probable qu'on commença par appliquer les seconds, moins sévères et mieux connus, et plus tard seulement, les premiers. Il ne pouvait, en effet, être question d'aggraver d'emblée des prescriptions que les Francs n'avaient pu tolérer. Boniface n'avait pas, en Germanie, jugé nécessaire d'introduire les dernières décisions romaines sur ces matières; nous l'avons vu temporiser, même après la lettre de Zacharie prescrivant l'extension de l'empêchement jusqu'au septième degré. A plus forte raison, devait-il se montrer prudent chez les Francs, qui n'obéissaient même pas aux prescriptions des Pénitentiels ⁹.

Une autre raison confirme encore cette idée. Les rois francs ne sont pas encore entrés en correspondance avec Rome sur ce point. Ils ne le feront que plus tard, et en 747 seulement, la lettre de Zacharie à Pépin avisera officiellement l'Eglise franque des modifications apportées à la tradition ancienne. Jusque-là, le *judicium episcoporum* prévu à Leptinnes ne se fondait que sur les textes en usage.

Les évêques, en effet, avaient reçu confirmation de leur double compétence matrimoniale : prohibitive et dirimante. D'une part, ils devaient, à l'avenir, empêcher les unions illégitimes. D'autre part, ils devaient juger les mariages déjà faits dans ces conditions illégitimes et leur imposer les peines appropriées : séparation et pénitence ¹⁰.

9. Il est hors de doute que, dès cette époque, les Pénitentiels aient déjà été répandus au nord de la Gaule franque. Mais il est difficile de préciser l'importance et le rôle de ces écrits. Il est presque impossible de les utiliser comme documents historiques datés, dans l'état où ils sont aujourd'hui.

10. S'il faut en croire A. BORETIUS, *Capitulaires*, I, p. 26 et suiv., qui donne ce texte comme un capitulaire, tant l'accord de l'Eglise et de l'Etat est manifeste pour cette époque.

Tandis que débutait, dans le royaume franc, l'œuvre difficile de la réforme des mariages, la papauté précisait sa propre législation. En 743, à Rome, on groupa de nouveau, systématiquement, les prescriptions définitivement admises dans l'Eglise ¹¹.

« Canon 5 : Que personne, par une union coupable, n'ose épouser la femme d'un prêtre, ou d'un diacre, une religieuse ou sa marraine. Si quelqu'un leur accorde la communion, il sera privé de son grade. Mais si les coupables acceptent la séparation, ils ne subiront qu'une pénitence. »

« Canon 6 : Que personne n'ose épouser sa cousine, sa nièce, sa marâtre, la femme de son frère ou une de ses alliées, voire même la femme d'un allié. Si quelqu'un le fait et demeure dans cette union, qu'il sache qu'il est lié dans les liens de l'anathème de l'autorité apostolique et que nul évêque ne lui donne la communion. Si, au contraire, il reconnaît son erreur et se sépare de son conjoint illégitime, qu'il soit soumis à une pénitence dont l'évêque du lieu sera le juge. »

Le canon était accompagné d'un commentaire qui rappelait le fondement scripturaire de la défense : « *Quia scriptum est in lege Domini* ¹² », cette loi qui, après l'incarnation du fils de Dieu, tenait les chrétiens plus liés encore que l'avaient été les Juifs, cette loi qui avait été purifiée et complétée par le Christ, comme l'avait dit la décrétale du Pape Sirice envoyée aux évêques gaulois, vers l'an 400.

Et, pour commenter les effets de l'anathème contre les coupables, on rappelait que les flammes éternelles auraient finalement raison des insoumis, comme l'avait écrit saint Paul ¹³.

11. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 31, canon 5 : « Ut presbyteram, diaconam, monacham, uel etiam spiritalem commatrem nullus praesumat coniugio nefario copulare. Si quis talibus communionem dederit, honore privetur. Si autem fuerint divisi, poenitentiae submittantur. Ut consobrinam, nepotem, novercam, fratris uxorem uel etiam de propria cognatione am quam cognatus habuit, nullus audeat in coniugium copulare. »

12. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 21.

13. Cf. p. 42.

Ces nouvelles décisions ne tardèrent pas à pénétrer dans le royaume franc grâce aux relations plus étroites qu'il entretenait avec Rome. En 747, Zacharie en écrivit à Pépin l'essentiel, en appuyant son texte sur la haute autorité du canon 2 de Néocésarée, et sur les écrits de ses prédécesseurs ¹⁴ :

« Au canon 2 de Néocésarée, il est dit que, si une femme épouse les deux frères, elle doit être chassée de l'assemblée des chrétiens jusqu'à la mort... Et nous, aidés de la grâce divine, confirmant les décrets des Papes nos prédécesseurs, nous décidons qu'aussi loin que la parenté est reconnaissable, selon le rite, la règle de la chrétienté et de la religion des Romains, les unions ne doivent pas s'accomplir. On ne peut pas, non plus, épouser sa mère spirituelle, sa filleule : c'est une faute contre la religion, c'est un péché grave vis-à-vis de Dieu et des anges. »

La faute est même si évidemment grave qu'aucun des Pères, aucun des synodes, n'en a précisé le caractère, pas plus que les lois impériales ou séculières, parce que, redoutant le terrible jugement de Dieu, ils ont décidé de n'en pas parler, conformément à la recommandation de saint Paul qui avait imposé le silence à saint Basile, et aux Pères du concile de 743 ¹⁵.

14. M. G. H., *Epist.*, lettre 3^e du *Codex Carolinus*, p. 485 : « In concilio Neocesariense capitulo secundo continetur : mulier si duobus fratribus nupserit abjiciatur usque ad mortem...; nos autem gratia divina suffragante, iuxta praedecessorum et antecessorum pontificum decreta multo amplius confirmantes dicimus, ut dum usque sese generatio cognoverit, iuxta vitam et normam christianitatis et religionem romanorum non copulentur coniugia. Sed nec spiritalem commatrem aut filiam, quod absit, quis ducat temerario ausu uxorem; est namque nefas et perniciosum peccatum coram Deo et angelis eius. »

15. M. G. H., *Epist.*, p. 485 : « In tantum enim grave est, ut nullus sanctorum patrum usque sacrarum sinodorum adsertiones uel etiam in imperiis legibus quippiam iudicatum sit; sed terribile Dei iudicium metuentes sibierunt sententiam dare. » Cette remarque est d'une importance capitale, croyons-nous. Elle montre la relation évidente entre la discipline pontificale et le Droit byzantin. C'est la même manière de parler que nous avons vue au concile *in Trullo*, et chaque rédaction de loi en Orient, sur la matière des empêchements de mariage, nous montre l'avance faite par la pratique sur le Droit. L'Occident suit une marche inverse. Rome fait le trait d'union entre le monde franc et le monde byzantin.

Pour les Francs, il y avait là de très subtiles nouveautés; la pratique matrimoniale des Pénitentiels n'était en autre façon, conforme à ces prescriptions pontificales. Les documents que nous possédons pour retracer l'évolution du Droit canonique, pour cette époque, nous montrent que Rome dut agir très énergiquement pour essayer de faire triompher son point de vue dans le le royaume franc ¹⁶.

Quelle fut l'attitude de Pépin dans ce conflit ?

Un concile et un groupe de textes vont nous montrer que son premier souci fut de remettre en vigueur les anciens principes et de s'en tenir là, malgré les décisions romaines. Ce sont : le concile de Ver de 755, le Capitulaire du roi Pépin, daté par Boretius entre 754 et 755, et les conciles de Verberie de 753-768, et de Compiègne de 757.

Nous devons en faire un examen détaillé, rechercher les origines et déterminer avec précision le sens exact de ces textes.

SECTION I. — LE CONCILE DE VER DE 755.

Saint Boniface mourut le 5 juin 754, et Pépin continua, seul, la tâche projetée en commun ¹⁷. Aussi, peu de temps après, sentant probablement combien l'œuvre était fragile et incomplète, il voulut fixer les résultats acquis. Le 11 juillet 755, il réunit dans l'arrondissement de Senlis, à Ver, les évêques des Gaules, afin de restaurer, autant que faire se pouvait, les règles canoniques ¹⁸.

On revint sur le cas des incestueux qui mettaient peu d'empressement à se soumettre aux censures épisco-

16. Le document le plus important est la lettre de Zacharie à Pépin.

17. Cf. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., p. 934, n. 1.

18. MANSI, *op. cit.*, XII, col. 578; A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 54 : « Recuperare aliquantisper instituta canonica, »

pales. La population était demeurée indifférente à des châtimens qui, dans l'esprit des Pères et des conciles, devaient punir avec la plus rigoureuse sévérité¹⁹. On répéta à nouveau les peines qui devaient frapper ceux qui persistaient dans leur faute :

« Quinconque, clerc ou laïque, homme ou femme, aurait commis l'inceste, aurait été repris par son évêque, aurait refusé de se soumettre et aurait été excommunié par lui, ne doit avoir commerce avec personne ; celui qui le ferait serait également excommunié. »

On avait oublié les conséquences de l'excommunication. Pépin et les évêques furent contraints d'en préciser la nature et d'en détailler les effets tels qu'ils avaient été promulgués par les conciles mérovingiens²⁰.

« Et, afin que vous sachiez de quelle excommunication il s'agit : le coupable ne doit pas entrer dans l'église, il ne peut ni boire ni manger avec un chrétien, on ne peut accepter ses présents, ni l'embrasser, ni prier avec lui, ni le saluer tant qu'il n'aura pas reçu la réconciliation apostolique. »

L'inceste n'est cependant pas une cause sans appel. On redoutait, sans doute, que certains évêques abusent du pouvoir d'excommunication qui leur était reconnu, pour mettre au ban des assemblées chrétiennes, des personnes irréprochables²¹ :

19. A. BORETIUS, *M. G. H., Leg. sect. II. Capit.*, p. 35, can. 9. A. WERMINGHOFF *op. cit.*, p. 54, apporte des compléments. « Quicumque clericus uel laicus aut femina incestum commiserit et ab episcopo suo correptus se emendare noluerit et ab ipso excommunicatus fuerit, qui cum ipso communicat similiter excommunicetur. »

20. A. BORETIUS, *op. cit.*, p. 25. « Et ut sciatis qualis sit modus istius excommunicationis, in ecclesia non debet intrare, nec cum ullo christiano cybum uel potum sumere; nec eius munera accipere debet, uel osculum porregere, nec in oratione ab episcopo suo sit reconciliatus. »

21. A. BORETIUS *op. cit.* p. 35 : « Quod si aliquis reclamaverit quod in iuste sit excommunicatus, licentiam habeat ad metropolitanum episcopum venire, et ibidem secundum canonicam institutionem deiudicetur; et interim suam excommunicationem custodiat. »

« Si quelqu'un en appelle d'une excommunication injuste, il peut venir à l'audience du Métropolitain et être jugé selon le Droit canonique, sans toutefois que cet appel suspende les effets de son excommunication. »

Et, dans le cas où toutes ces menaces ne suffiraient pas pour assurer le respect de la décision, si le coupable ne voulait pas s'amender, il devrait prendre le chemin de l'exil, par ordre du roi ²².

SECTION II. — LE CAPITULAIRE DE PÉPIN.

Le Capitulaire de Pépin, antérieur au concile de Ver d'après Boretius, mais qui, à notre avis, parut postérieurement ²³, déclare dans son premier chapitre :

« Si un homme a commis l'inceste avec une femme consacrée à Dieu, avec sa commère ou sa marraine des fonts baptismaux ou de la confirmation, ou avec la mère et la fille, avec les deux sœurs, avec la fille du frère ou de la sœur, avec la nièce, avec la *consobrina* ou la *sobrina*, avec sa tante maternelle ou paternelle, il perdra sa fortune s'il en a, et s'il refuse de s'amender, personne ne le recevra, ni ne lui donnera à manger. Si on manque à cette règle, on devra payer cinquante *solidi* au roi, à titre de composition, jus-

22. A. BORETIUS, *op. cit.*, p. 35 : « Quod si aliquis ista contempserit et episcopus hoc minime emendare potuerit, regis iudicio exsilio condemnetur. » Cet « exsilium » est la « peregrinatio » dont parlent les Pénitentiels.

23. Il y a de nombreuses discussions à ce sujet, OELSNER, *Jahrbücher des fränkischen Reichs unter König Pippin*, 1871, p. 271 et s., A. HAUCK, *Kirchengeschichte Deutschlands*, 2^e édit., t. II, p. 35, n. 1, donnent l'un et l'autre des dates différentes, mais pensent que ce concile eut lieu avant le capitulaire. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 31 : « Si homo incestum commiserit de istis causis, de Deo sacrata, aut commatre sua, aut cum matrina sua de fonte et confirmatione episcopi, aut cum matre et filia, aut cum duabus sororibus, aut cum fratrís filia, aut sororis filia, aut nepta, aut cum consobrina atque subrina, aut cum amita uel matertera: de istis capitulis pecuniam suam perdat, si habet ; et si emendare se noluerit, nullus eum recipiat nec cibum ei donet. Et si fecerit, LX solidos domno regi componat, usque dum se ipse homo correxerit. Et si pecuniam non habet, si liber est, mittatur in carcere usque ad satisfactionem. Si servus aut libertus est, vapuletur plagis multis et si dominus suus permiserit eum amplius in tale scelus cadere, ipsos LX solidos domno rege componat. »

qu'au jour de la correction. Si le coupable n'a pas d'argent et qu'il soit libre, il ira en prison jusqu'à satisfaction. Si c'est un esclave ou un affranchi, il sera frappé de verges, et si la faute a été commise de connivence avec son seigneur, celui-ci devra payer soixante *solidi*. »

Pour la commodité de l'examen de ce texte, faisons trois groupes des personnes avec qui le mariage est défendu.

Le premier comprendra la *Deo sacrata*, la *commater* et la *matrina de fonte et confirmatione*.

Nous connaissons bien ces empêchements, nous les avons vu publiés par les conciles romains de 721 et 743. Nous savons que l'Eglise de Germanie les avait connus dans les dernières années de la prédication bonifacienne et que des chroniqueurs francs les avaient utilisés. Ils étaient facilement intelligibles aux Francs et, sous cette forme, ils provenaient probablement de la lettre de Zacharie à Pépin, ils entraient définitivement et officiellement dans les canons de l'Eglise de Gaule.

Le deuxième groupe comporte l'empêchement de mariage avec : la mère et la fille, les deux sœurs, la nièce, soit fille du frère, soit fille de la sœur.

Il faut plus de recherche pour trouver l'origine de ce second groupe.

Tout d'abord, le premier cas est nouveau. Nous n'avons jamais vu jusqu'ici de défense de mariages successifs avec la mère et la fille, bien que la défense soit facile à déduire de la règle de l'*unitas carnis*.

Le deuxième cas, l'empêchement de mariage avec les deux sœurs, n'est que la prohibition de Néocésarée, dans l'hypothèse inverse du canon 2, qui visait le cas du mariage successif avec les deux frères ; nous le trouvons également au concile d'Elvire, sous la même forme.

Le troisième cas nous est bien connu ; c'est la prohibition de mariage entre oncle et nièce sans qu'il y ait

lieu de distinguer entre la nièce, fille de la sœur, et la nièce, fille du frère, comme l'avait autrefois fait le droit romain après le sénatus consulte de l'Empereur Claude ²⁴.

Il y a cependant, dans l'expression de la défense, quelque chose de particulier. Nous avons déjà rencontré des défenses voisines de celles-ci. Nous connaissons un concile où l'on proscrivit le mariage avec la mère et la fille et avec les deux sœurs; mais il s'agissait de situations un peu différentes, des mariages concomitants d'un père et d'un fils avec une mère et sa fille, et de deux frères avec les deux sœurs. C'est le concile *In Trullo*, au canon 54. Nous montrerons plus loin qu'il y a lieu de faire appel à ce concile pour expliquer l'expression employée par ce Capitulaire, dont l'auteur ne fait évidemment pas preuve d'une bien grande subtilité d'esprit.

Le troisième groupe, qui comprend la *nepta*, la *conso-brina atque subrina*, l'*amita* et la *matertra*, appartient à la tradition des Eglises mérovingiennes pour qui cette série d'empêchements était traditionnelle depuis le concile d'Epaone.

En somme, seule l'origine du second groupe, dans sa forme première, est une nouveauté, et, à côté des deux autres, du troisième en particulier, nous fait supposer que le rédacteur de ce Capitulaire avait sous les yeux :

- 1° La lettre de Zacharie à Pépin ;
- 2° Les textes traditionnels de l'Eglise mérovingienne ;
- 3° Une autre série de textes dont l'inspiration ne peut

24. La répétition des deux espèces de nièces fait songer à l'influence d'un texte extrait des « epitome » de Droit romain. Cf. à ce sujet, *Lex Roman. Visigoth*, HAENEL, 1849, p. 318, *Liber Gaii, Institut. IV*, p. 319, *Epit. Monachi*, « fratris aut sororis filia ».

être recherchée que dans la forme du concile *In Trullo* ²⁵.

Il nous faut signaler une autre particularité. La même défense est répétée deux fois dans le texte : la nièce est désignée une fois dans le troisième groupe, en tant que nièce, une autre fois, dans le second, en tant que fille du frère ou de la sœur ; ce qui renforce notre supposition de l'existence de plusieurs textes qui auraient inspiré le rédacteur.

SECTION III. — LES CONCILES DE VERBERIE ET DE COMPIÈGNE.

L'examen des conciles de Verberie et de Compiègne va nous faire connaître, avec plus de précision, les influences qui ont agi chez les Francs, à cette époque.

Ces deux autres textes qui préparèrent une modification profonde du statut matrimonial de l'Eglise franque, doivent être étudiés de compagnies ²⁶. Depuis longtemps, on souligne leur indéniable parenté, ils semblent tourner l'un autour de l'autre, par les dates successives que la critique historique veut leur attribuer, depuis la première publication qu'en fit Sirmond ²⁷. Quand Baluze les rencontra, il ne put se retenir de nous faire part

25. Le concile « In Trullo », au canon 54, disait :

Défense d'épouser la fille de son oncle paternel,

Défense au père et au fils d'épouser la mère et la fille,

Défense au père et au fils d'épouser les deux sœurs,

Défense à deux frères d'épouser la mère et la fille,

Défense à deux frères d'épouser les deux sœurs.

Le Capitulaire disait, au chapitre premier :

Défense d'épouser la mère et la fille,

Défense d'épouser les deux sœurs,

Défense d'épouser la fille du frère, la fille de la sœur, la nièce, la cousine du quatrième ou du sixième degré, la tante maternelle ou paternelle.

26. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., p. 917 et 943, A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 31 et 39 ; WERMINGHOFF, *op. cit.*, I, p. 55 et 59, ont tous noté leur ressemblance.

27. SIRMOND, *Concilia Galliae*, 1629, t. II, col. 41.

de ses troubles ²⁸. Il hésita même un instant avant de les publier dans ses Capitulaires, ne pouvant déterminer la nature exacte des textes qu'il avait sous les yeux. Finalement, sur l'affirmation de Régino de Prüm, il crut à la présence du roi Pépin à leur discussion et leur reconnut l'autorité de textes émanés du pouvoir séculier. Après lui, successivement, Pertz, Boretius, Werminghoff ²⁹, disputèrent sur la date et ne suspectèrent pas ce que le sceptique Berardi n'avait pas hésité à admettre ³⁰.

Nous allons reprendre l'examen de ces canons et nous efforcer d'en déterminer la nature. Pour la commodité, nous ferons l'analyse systématique des dispositions qui sont prises par ces textes, en distinguant d'abord :

1° Les empêchements de mariage, de consanguinité et d'affinité directes et collatérales ;

2° Les cas de séparation des époux dans les trois formes de l'affinité, directe, collatérale, et spirituelle.

Le tableau ci-joint va nous aider dans ce travail, par

28. E. BALUZE, *Capitul. reg. francorum*, t. I, col. 161 : « Saepe multum dubitavi an decreta synodum quae ab Episcopis celebrata sunt sub Rege Pipino, referenda essent inter eius capitularia. Videbam illum ea tempestate morem apud francos fuisse ut et Principes synodis praesiderent et constitutiones sub eorum nomine conderentur emitterenturque in publicum. Videbam praeterea pleraque capitula quae in synodis episcopalibus perscripta fuerant, in libros capitularium ab Ansegiso Abbate et Benedicto Levita compositos fuisse relata, tanquam partem facerent legum a Principibus nostris constitutarum. At parte ex alia occurebant nonnullae synodi per ea tempora celebratae, in quibus nulla mentio Principis, nulla eius auctoritas apparebat. Mihi ista meditati commodum oblatus est vetus codex m. s. sancti Vincentii metensis in quo Pippini regis capitula descripta sunt, initio pacto a capitulis apud vermeriam constitutis, sed quod dolendum est absque ulla prorsus inscriptione, absque ullo titulo... Regino sane abbas descripsit in libro secundo de disciplinis ecclesiasticis et religione christiana. accepisse se illa ait in capite CXVIII eiusdem libri « ex concilio quod factum fuit ad vermeriam temporibus Pippini regis. »

29. PERTZ, *M. G. H., Leges*, in-4°, t. I, p. 22-23 ; A. BORETIUS, *M. G. H., Capitul.*, t. I, p. 39 ; A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 55, ne reproduit pas le texte, mais rapporte plusieurs manuscrits inconnus de BORETIUS.

30. BERARDI, *Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti*, 1752, t. I ; A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 37, ch. I : « Si in quarta reperti fuerint coniuncti, non separamus » ; ch. II : « In tertia vero si reperti fuerint separantur. » *Ibid.*, ch. III : « Et eos qui unus in quarta, alius in tertia sibi pertinent et coniuncti inveniuntur separamus. »

l'exposition comparée des deux séries de textes : de Verberie et de Compiègne.

I. — Empêchements de mariage.

	<i>Compiègne.</i>	<i>Verberie.</i>
<i>Consanguinité.</i>		
a) Directe.	Ch. I. Si in quarta progenie reperti fuerint coniuncti non separamus. Ch. II. In tertia vero si reperti fuerint separantur.	Ch. I. In tertio geniculum separentur et post penitentiam actam, si ita voluerint, licentiam habent aliis seconjungere. In quarto autem coniunctione si inventi fuerint, eos non separamus, sed poenitentiam eis judicamus. Attamen si factum non fuerit, nullam facultatem coniungendi in quarta generatione damus.
b) Collatérale.	Ch. III. Et eos qui unus in quarta, alius in tertia sibi pertinent et coniuncti inveniuntur separamus.	
<i>Affinité.</i>		
a) Directe.	Ch. IV. Si duo in tertio loco sibi pertinent, sive vir sive femina, aut unus in tertio et alter in quarto, uno mortuo, non licet alterum accipere uxorem eius; et si inventi fuerint separantur. Una lex est de viris et de feminis.	
b) Collatérale.		

II. — Séparation des époux.

	<i>Compiègne</i>	<i>Verberie</i>
<i>Affinité.</i>		
a) Directe.	Ch. XIII. Si pater sponsam filii sui oppresserit et postea filius ipsam acceperit, pater eius postea non habeat uxorem, et ipsa femina non habeat virum, quia non dixit quod pater eius cum ipsa mansisset, filius vero eius qui nesciens fecit accipiat mulierem legitimam.	

I. — Séparation des époux (suite)

	Compiègne	Verberie
<i>Affinité</i> b) Collatérale.	Ch. XVII. Si quis cum matre et filia in adulterio mansit, nesciente matre quod cum filia sua mansisset, similiter et filia nescivit quod cum matre sua mansisset, postea ille vir, si acceperit, mulierem dimittat, usque in diem mortis suae non habeat uxorem, et illa mulier quam reliquerit accipiat virum: et illa mater et filia cum quibus in adulterio mansit, ambabus nescientibus quod cum matre et filia mansisset, habeant viros. Nam si notitiam illarum venerit hoc scelus, dimittant maritos et agant poenitentiam, et illorum mariti posteriores accipiant mulieres.	Ch. X. Si filius cum noverca sua, uxore patris sui, dormierit nec ille nec illa possunt ad coniugium pervenire. Sed ille vir, si vult, potest aliam uxorem habere, sed melius est abstinere.
	Ch. X. Si quis, uxore accepta, invenit eam apud fratrem suum contaminatam, ipsam dimittens accipit aliam, ipsamque contaminatam invenit, uxor illius legitima est... Ch. XI. Si quis homo habet mulierem legitimam et frater eius adulteravit cum ea, ille frater vel illa femina qui adulterium perpetraverunt, interim quo vivunt, nunquam habeant coniugium, ille cuius uxor fuit, si vult, potestatem habet accipere aliam.	Ch. XI. Si quis cum filiastra sua dormierit, simili sententia stare potest. Ch. II. Si quis cum filiastra sua manet, nec matrem nec filiam ipsius potest habere.

II. — Séparation des époux (*suite*)

	<i>Compiègne</i>	<i>Verderie</i>
<i>Affinité.</i> c) Spirituelle.	Ch. XVIII. Similiter et de duabus sororibus, qui cum una in adulterio mansit et alteram in publico accepit, non habeat mulierem usque in diem mortis. Et illae duæ sorores, si nescierunt, habeant maritos et si in notitiam eis venit, superiorem formam servant.	Ch. XI ... Et cum sorore uxoris suæ simili modo stare potest.
	Ch. XV. Si quis filias-tram aut filiastrum ante episcopum ad confirmationem tenuerit, separetur ab uxore sua et alteram non accipiat. Similiter et femina alterum non accipiat.	Ch. XII. Qui dormierit cum duabus sororibus, et una ex illis antea uxor fuerit, nullam ex illis habeat: nec illa adultera soror, nec ille uir qui cum illa adulteravit alios emquam accipiant.

En somme, ces deux séries de textes prescrivent :

1° Empêchement de mariage :

- a) *Par consanguinité.* — Pour toute personne qui, vis-à-vis de l'ancêtre commun, se trouvera dans les quatre premières parentèles, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, le mode de calcul employé dans ces textes (vulgairement appelé germanique), ne permettant pas la distinction.
- b) *Par affinité.* — Dans des degrés rigoureusement identiques aux précédents.

2° Séparation des époux :

- a) En cas d'union coupable du mari avec une parente de sa femme, avec comme conséquence

l'impossibilité de remariage pour l'époux coupable.

- b) En cas d'un lien de parenté spirituelle survenant au cours du mariage avec impossibilité pour les deux époux de contracter un nouveau mariage.

Mais avant toute interprétation de ces textes, il est nécessaire de bien préciser le mode de computation qu'ont employé leurs rédacteurs.

Le texte de Compiègne emploie indubitablement le mode de computation dit Germanique. Le canon 3, en effet, n'aurait pas de sens dans la computation romaine. Il envisage l'union de deux personnes n'appartenant pas à la même génération, hypothèse inadmissible dans le cas de la computation romaine.

Mais c'est le mode de computation préconisé dès 750 par le Pape Zacharie, en opposition au système germanique amputé d'un degré, utilisé dans les écoles lombardes.

La parenté étant calculée suivant ce système, jusqu'où s'étend la prohibition dans les textes de Compiègne et de Verberie ?

Le chapitre 1 du texte de Compiègne, permet le mariage entre parents appartenant tous deux à la quatrième génération, parents au huitième degré romain. Il est interdit aux parents appartenant l'un et l'autre à la troisième génération, parents au sixième degré romain. Si l'un des époux appartient à la troisième génération et l'autre à la quatrième, le mariage est encore interdit, mais, s'il s'agit d'un mariage déjà contracté, ou le laissera subsister.

On ne peut manquer de reconnaître une parenté certaine avec les décisions byzantines de l'Eclogé.

Le texte de Verberie est moins net sur ce point. Si les époux sont à la troisième *articulation*, entendez *proge-*

nies³¹, dans le style des Germains, on les séparera. S'ils sont à la quatrième, on tolérera leur union. Il n'est plus question du septième degré, obtenu par la rencontre de la troisième et de la quatrième génération. Ce texte a pu subir une contamination des Pénitentiels.

Si, maintenant, nous étudions la langue de ces textes, nous sommes frappés par deux expressions bien spéciales. Nous voulons parler du terme *pertinentes* employé au canon 3 du décret de Compiègne, et du mot *stare* au canon 11 du texte de Verberie.

L'expression *pertinentes*, dans le sens de personnes apparentées, est un mot traduit du grec *προσήκοντες*³², connu des byzantinistes. Il désigne, d'une façon générale, les parents qui ne sont pas en ligne directe, tous ceux qui sont, en quelque sorte, les rameaux de l'arbre généalogique type. Le mot se trouve dans le Code de Justinien, et il est traduit régulièrement par *pertinentes*. Il paraît même d'usage courant en Italie ; on le trouve au synode de Pavie, après l'année 850³³. Mais il est nouveau dans le vocabulaire franc ; on le chercherait en vain avant la date de ces deux textes.

Le mot *stare* est plus caractéristique encore que le précédent³⁴. C'est un mot de la langue lombarde dont on ne

31. Il faut remarquer que l'expression de *progenies* est rigoureusement celle des lois lombardes. Cf. F. BLUHME, *M. G. H.*, éd. PERTZ, IV, *des Leges*, p. 35; *Rotharis*, 153. Ce chapitre de la loi de Rotharis écrit dans un manuscrit (Verc., n° 122) entre l'Epitome de Julien et la Collatio romaine et mosaïque, est suivie de cette suscription : « Ambrosius iudex hunc legem scripsi in hoc libro », fit croire que cet Ambroise était évêque de Milan et l'auteur de la collatio (GIRARD, *Textes*, p. 573, 5^e éd.). L'expression se retrouve aussi une fois dans une lettre de Zacharie à Boniface.

32. Le mot « *προσῆκειν* », toucher par la parenté, se traduit par « *pertinentes* », en latin. Cf., *Code de Justinien*, 5, 2. « Si rector provinciae uel ad eum *pertinentes* sponsalitia dederit. »

33. Cap. 15 de *Xenodochiis*. BORETIUS-KRAUSE, t. II, p. 121, l. 8, où le mot est changé dans certains manuscrits en « *parentes* ». C'est le mot du vieux français « *apertinent* », GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française*. Le mot est aussi dans la loi Salique, titre 47.

34. Pippini Capitulare papiense, 787 oct., *Cap. Reg. Franc.*, A. BORETIUS, t. I, p. 199. *Stetit nobis* dans le sens : il nous a plu de décider. p. 200, dans

trouve l'emploi dans aucun autre pays, et qui signifie *décider*. Il est le plus souvent employé dans le sens du mot *placere*. L'expression *stetit ut* signifie *plucuit ut*. Il y en a de nombreux exemples dans les lois lombardes.

Ce n'est d'ailleurs pas le seul lien qui rattache ces décrets de Compiègne et de Verberie à la Lombardie. Le canon 12 du décret de Compiègne, parlant du baptême donné par un prêtre non baptisé, rappelle que le Pape Serge décida la validité de ce baptême. Or, on cherche en vain, dans les actes du Pape Serge, cette décision. Elle ne s'y trouve pas³⁵. Mais, on sait que ce Pape, après le concile *In Trullo*, avait été sollicité par les Lombards, depuis peu revenus de l'arianisme, pour qu'il fit connaître ses décisions sur les points discutés à Constantinople. C'est Bède et Paul Diacre qui nous l'apprennent³⁶ : « Au synode d'Aquilée de l'année 708, on décida de se défier du cinquième concile universel, en attendant les instructions salutaires du Pape Serge. » Le Pape les donna sans doute, en particulier, sur le canon 95 du concile *In Trullo*. C'est l'écho de ses décisions données aux Lombards que nous trouvons au canon 12, décisions qui furent peut-être promulguées à ce concile de Pavie tenu par Serge lui-même et sur lequel nous avons si peu de renseignements³⁷.

D'où ces textes témoignant d'influences lombarde et byzantine certaines, ont-ils pu tirer leur origine ?

les *pacta et praecepta Venetica*, pactum H. Lotharii, a. 840 : *et hoc stetit ut*, etc...; dans le même acte on note six fois l'expression *et hoc stetit* alternant avec *placuit*, dans le même sens. *Summa Perusina*, *Bulletino del Istituto romano*, 1899. *Index stabile est* = a été décidé.

35. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 38, n. 2. On trouve dans la collection en 400 titres du IX^e siècle aux n^{os} 160 et 161 deux textes du pape Sergius, qui traitent du baptême putatif, donnés par F. MAASSEN, *Geschichte der Quellen und der Literatur des Canonischen Rechts im Abendlande*, 1870, p. 972 : « Hi vero qui ab eo baptizati sunt, sic in ecclesia permanent. »

36. M. G. H., P. DIACRE, *Histoire des Lombards*, l. VI, ch. 14, *Script. rer. Langob.*, p. 168 : « Hoc tempore sinodus Aquileiae facta ob imperitiam fidei quantum universalem concilium suscipere diffidit, donec salutaribus beati papae Sergii monitis instructa et ipsa huic cum ceteris Christi ecclesiis annuere consentit. »

37. Cf. n. 23 du Chapitre de l'extension lombarde, p. 162; M. G. H., *Script. rer. langob.*, éd. BETHMANN, p. 190 et suiv.

Ce ne peut être de Gaule. En effet, ces textes, qui s'adressaient aux Francs en vue d'un rétablissement de la discipline, font appel à des décisions nouvelles. De plus, le système employé auparavant chez les Francs était le système romain, et la prohibition ne s'étendait qu'au quatrième degré de computation romaine.

Ce ne pouvait être d'Angleterre où, selon Boniface, on calculait également la parenté suivant le système romain.

Ce ne pouvait être de Rome, où, sans doute, l'on calculait la parenté avec le système germanique, mais où la prohibition s'étendait beaucoup plus loin : septième degré germanique, quatorzième degré romain.

Le seul pays où ce texte établissant une règle byzantine dans un style lombard pouvait avoir son origine, devait se trouver aux confins de la Lombardie et de Byzance, dans l'exarchat de Ravenne.

C'est l'histoire qui va nous donner l'explication de cette curieuse origine ³⁸.

En l'année 757, à l'époque du concile de Compiègne, les Francs revenaient victorieux de leur campagne contre les Lombards. Voici comment s'étaient déroulés les événements.

Après la conquête de l'Exarchat de Ravenne par Astulf, le roi des Lombards, le Pape, avait fait appel à l'Empereur, et sans doute aussi au roi des Francs ³⁹, pour obtenir la protection de Rome. A Pise, en Lombardie, se réunirent donc, avec le Pape Etienne lui-même et Jean le Silenciaire, légat de l'Empereur, le duc Autchaire et Chrodegand, le futur évêque de Metz, tous deux envoyés du roi Pépin. Astulf, inflexible, refusa d'abandonner les territoires conquis.

38. Il y a une abondante littérature sur cette question. Nous avons utilisé surtout Mgr DUCHESNE, *Liber Pontificalis*, t. 1, Vie de Constantin; Ch. DIEHL, *op. cit.*, Paris, p. 218 et suiv.

39. La question de cet appel est une des plus débattues de cette affaire. Les auteurs en général semblent persuadés de l'intervention du Pape.

Le Pape, alors, en compagnie d'Autchaire et de Chrodegand, se réfugia auprès de Pépin. Une entrevue eut lieu à Ponthion ⁴⁰, où se décida sans doute l'entrée en guerre des Francs contre les Lombards. Rapidement victorieux, Pépin offrit au Pape ses conquêtes, point de départ des futurs Etats pontificaux.

L'année suivante, en 757 ⁴¹, Pépin tenant à Compiègne son assemblée annuelle en présence d'un certain nombre d'évêques francs parmi lesquels se trouvait Chrodegand ⁴², reçut l'ambassadeur de l'Empereur venu avec des intentions diplomatiques multiples, dont la plus importante était probablement de préparer la restitution des territoires enlevés à l'Empire.

Rome, dont les relations avec l'Empire étaient de plus en plus tendues, et qui redoutait cette entrevue, envoya à son tour à Compiègne deux légats, Georges d'Ostie et Jean le Sacellaire, à qui Pépin devait soumettre tout ce que les envoyés de Constantin Copronyme pourraient suggérer tant en matière politique que religieuse ⁴³.

Le but de l'assemblée, cependant, n'était pas un débat de politique extérieure. Il s'agissait de la restauration des mœurs chrétiennes dans le royaume de Pépin ⁴⁴, et ce fut le thème qui créa l'atmosphère de cette conférence internationale où la curiosité des Francs devait se donner libre cours devant les cadeaux considérables que les Byzantins n'avaient pas manqué d'apporter, et surtout

40. C'est elle, en effet, qui fut le point de départ de la guerre des Francs et des Lombards qui devait durer jusqu'à Charlemagne.

41. Les chroniques ont en général parlé de ce concile. Cf. DOM BOUQUET, *op. cit.*, tome IV *passim*.

42. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., p. 941. D'après le document de Gortze, le texte attribué au concile ne contient pas de souscription d'évêques, comme en contiennent habituellement les conciles.

43. Jean le Sacellaire et Georges d'Ostie étaient les deux hommes de confiance du Pape; les « *Libri Carolini* », *M. G. H., sect. III, concilia*, t. II, supplément éd. H. BARTGEN, 1924, montrent la confiance qu'on avait eu en eux.

44. Comme le fait penser l'œuvre entreprise au concile, d'après le Capitulaire que nous plaçons en l'année 757.

devant le premier orgue qui ait réussi à parvenir jusqu'à la cour de Pépin.

On entama une discussion sur la répression de l'inceste. Tout le monde se mêla d'élaborer un texte précis et vigoureusement sanctionné⁴⁵, dont tous les articles, selon l'accord fait entre Pépin et le Pape, furent soumis à l'approbation des légats pontificaux. Ceux-ci, qui se tenaient sur une ferme réserve, ne craignirent cependant pas d'appuyer ce qui ne pouvait paraître suspect, tel le canon 18 du texte de Compiègne :

« De la même façon, tu as commis l'inceste avec la sœur de ta femme, tu n'auras plus d'épouse jusqu'au jour de ta mort... »

Sous une forme différente, n'était-ce pas, en effet, la prohibition que le Pape Zacharie avait publiée dans ses décrets⁴⁶ ?

« Tu as dormi avec la sœur de ton épouse, tu n'auras ni l'une ni l'autre comme épouse, et si ta femme n'était pas au courant de cet adultère et qu'elle ne veuille demeurer dans la continence, qu'elle se remarie. Quant à toi et à ta complice, demeurez sans espoir de mariage, dans la pénitence que le prêtre vous imposera. »

Inversement, les légats du Pape déclarèrent que l'Eglise rejetait sur leurs auteurs la responsabilité des articles qui leur parurent de doctrine non conforme à celle de Rome. Nous avons un témoignage de l'assentiment ou de la réprobation qu'accordèrent Georges d'Ostie et Jean le Sacellaire à ces différents articles, dans

45. Il est logique d'imaginer l'activité de Chrodegand, président de l'assemblée. Celle des légats nous est connue par la mention qui est faite à chacun des canons qu'ils ont approuvés ou reniés. Les Byzantins devaient naturellement soutenir ce qui était conforme à leurs usages.

46. *P. L.*, MIGNE, t. 89, col. 958; MANSI, *op. cit.* : « Concubuisti cum sorore uxoris tuae; si fecisti, neutram habeas et si illa quae uxor tua fuerit conscia sceleris non fuit, si se continere non vult, nubat in Domino, cui velit. Tu autem et adultera sine spe coniugii permanetis et quamdiu vixeritis juxta praeceptum sacerdotis poenitentiam agite. »

les remarques placées au début des canons 14, 16 et 20 du texte de Compiègne, et du canon 18 du texte de Verberie ⁴⁷.

*
**

Que l'assemblée de Compiègne ait eu lieu, cela ne saurait être mis en doute, on en trouve trop de témoignages dans les sources ⁴⁸.

Au contraire, en dehors de la suscription, qui n'existe d'ailleurs pas dans le plus ancien manuscrit du texte qui lui est attribué, nous ne possédons aucune preuve de l'existence d'une assemblée de Verberie.

Quoi qu'il en soit, ce que nous croyons pouvoir affirmer, c'est que ces différents textes ne forment pas, en

47. Cf. le texte dans BORETIUS, t. I, p. 40 et dans E. BALUZE qui donne des leçons un peu différentes, t. I, p. 166.

Comp. 14 : Consenserunt Georgius episcopus Romanus, Iohannes sacellarius.

— 16 : Georgius consentit.

— 20 : Georgius consentit

Verm. 20 : Hoc aecclesia non recipit (n. 7 de BORETIUS, n'est pas exacte, il considère ces mots comme interpolés, ce n'est pas probable, tous les manuscrits rapportent cette annotation « verba non genuina, etiamsi in tribus codicibus omnibus leguntur. »)

48. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., p. 951 : « Le document de Gortze contient les noms des membres du concile (probablement pas tous). Les signataires sont l'évêque Chrodegand de Metz, Adalfrid de Noyon, Loup de Sens, Fulcharius de Tongres (Liège), Vulfran de Meaux, Herineus de Besançon, Megingaud de Wurzburg, Jacques de Toul, Eusèbe de Tours, Sidonius de Constance, Sadrius d'Angers, Deofrid de Paris et plusieurs autres dont nous ne connaissons pas les diocèses. » Le rôle des évêques de cette assemblée ne fut pas la même pour tous. Il semble qu'é Chrodegand ait présidé; en tous cas, c'est à lui qu'il faut attribuer le rôle important de proposer des canons. Cet usage devait se généraliser par la suite. Cf., CARLO DE CLERCQ, *Capitulaires francs en Italie à l'époque de Charlemagne* extrait de « *Hommage à Dom Ursmer Berlière* », 1931, p. 259 : « A moins de preuve du contraire, on peut admettre que des documents groupés dans les collections manuscrites sous le règne d'un prince déterminé sont à mettre réellement en rapport avec ce règne; on ne croira pas nécessairement pour cela que ce prince lui-même a promulgué chaque texte législatif; nous pouvons parfois être en présence d'œuvres de sous-ordres, d'une première rédaction, voire même d'une simple compilation rédigée dans le *scriptorium* royal, mais qui ont le bonheur de nous avoir été conservés. Il est d'autant plus compréhensible que des décrets donnés pendant le règne de Charlemagne par Pépin et Bernard, qui reconnaissaient tous deux la tutelle de leur père et grand-père aient été insérés parmi les décisions du grand Empereur; Boretius lui-même, d'ailleurs, a vu que le capitulaire n° 108 n'a pu être donné par Charles. »

réalité, les canons de deux conciles qui auraient été promulgués à Compiègne et à Verberie. Ils ne servirent qu'à élaborer une décision générale qui fut ensuite publiée par Pépin, sous la forme que Boretius présente aujourd'hui comme le Capitulaire de l'année 755, et que nous considérons comme de l'année 757, Capitulaire qui ne comporte pas la totalité des articles dits de Compiègne et de Verberie.

Il est inadmissible, en effet, de supposer qu'un concile publie un texte dont il reconnaît lui-même qu'il n'est pas conforme aux usages de l'Eglise romaine⁴⁹. Il est difficile d'imaginer que des évêques aussi barbares que ceux de l'Eglise franque à cette époque, aient pu mettre en œuvre une science aussi subtile que celle des canons de Compiègne et de Verberie. Il avait fallu ce concours de circonstances pour incorporer à la doctrine traditionnelle des conciles francs, cette double et savante inspiration étrangère ; inspiration lombarde que nous a révélée la forme même de ces textes, inspiration byzantine que nous ont fait connaître l'étendue et les modalités de la prohibition, et qui ressortent bien de la comparaison de chacun des chapitres avec les lois byzantines que nous publierons plus tard.

D'ailleurs, il faut bien le reconnaître, pendant longtemps ces textes resteront lettre morte ; bien mieux, des conciles les viseront pour les condamner, ce qui est inconcevable s'il s'était agi de textes de conciles authentiques. Il y a plus, ces textes furent si peu répandus après la délibération de Compiègne qu'ils n'eurent jamais le sort d'un Capitulaire dont on puisse retrouver la trace avant Réginon de Prüm⁵⁰.

49. « Hoc ecclesia non recipit » dit le canon 20 de Verberie.

50. Nous avons dit précédemment que ces textes ne portent point de *suscriptiones* dans les manuscrits les plus anciens. C'est une allusion de Réginon de Prüm qui a décidé Baluze à considérer ces textes comme des capitulaires. Mais on sait, d'autre part (P. FOURNIER, *L'œuvre canonique de Réginon de Prüm*, Bibliothèque de l'Ecole des Chartes, t. 81, p. 5-44) que tous les textes de Réginon ne sont pas également dignes de foi.

Qui fut le promoteur de ces textes devant l'assemblée de Compiègne? Ce fut un personnage influent, croyons-nous. Non pas, un des envoyés du Pape qui n'aurait pas eu à approuver ensuite des règles qu'il aurait proposées; non pas, un des ambassadeurs de l'Empereur dont le souci à l'assemblée était tout autre que de faire admettre des canons relatifs à l'inceste, qu'il n'aurait d'ailleurs pas rédigés en style lombard; mais bien plutôt l'évêque Chrodegand qui devait s'intéresser à des points de discipline ecclésiastique, et qui avait dû s'initier, lors de son passage en Lombardie, à la réglementation en usage dans ce pays. D'ailleurs, n'est-ce pas à Metz que furent retrouvés ces textes, à l'abbaye de Saint-Vincent que Chrodegand lui-même avait fondée ⁵¹ ? N'est-ce pas dans la région de Metz seulement qu'on peut retrouver la trace de leur influence ou de la résistance que provoqua leur sévérité, plus grande que celle du Capitulaire auquel ils avaient donné naissance ⁵² ?

*
**

Nous avons dit que Chrodegand était, sans doute, venu présenter ces textes à l'assemblée, comme plus tard, au temps de Charlemagne, les évêques viendront avec leurs textes et fourniront chacun leurs réponses aux questions de l'Empereur.

Pourquoi ne furent-ils pas admis ?

Si les Pénitentiels pouvaient être interprétés en pleine sécurité de date et de provenance, ils pourraient peut-

51. Cf. E. BALUZE, *Capit. I*, col. 150-160.

52. Le premier manuscrit qui a révélé l'existence de ces textes est un manuscrit de saint Vincent de Metz (Baluze-Sirmond) qui se trouve aujourd'hui à Paris, 9654. C'est encore aujourd'hui un manuscrit important de ce concile mais ce n'est probablement pas le plus ancien. Il faut cependant remarquer que le texte est connu de Gerbald de Liège. Mais il n'est pas impossible que l'évêque Fulcharius de Tongres qui assistait au concile ait eu aussi une copie du texte.

être nous fournir une réponse précise à ces questions. Malheureusement, il n'en est rien à l'heure actuelle. Tout ce que nous pouvons supposer, c'est que les textes présentés par Chrodegand furent sans doute jugés trop subtils et trop rigoureux, de computation trop nouvelle pour être accueillis par les Francs. C'est pourquoi la rédaction du Capitulaire de Pépin aurait été jugée nécessaire.

Le Capitulaire, en effet, ne s'embarrasse pas des complexités de telle ou telle computation ; il se contente de faire l'énumération des cas d'empêchement qui s'étendaient jusqu'à la *sobrina*, sans doute entendue au sens large de cousine au sixième degré; d'autre part, les règles qu'il admit sont moins rigoureuses que celles des articles de Compiègne et de Verberie.

*
**

Le Capitulaire de Pépin fut-il rédigé sous l'inspiration des textes présentés à Compiègne ? De nombreux arguments permettent de le penser.

Tout d'abord, nous avons vu en l'étudiant, le reflet constant d'une origine byzantine.

Nous allons voir, maintenant, les influences lombardes manifestes.

L'étendue de la prohibition de mariage est identique à celle de la loi lombarde. On ne peut épouser la *sobrina*, tout comme en Lombardie le mariage était interdit avec la *sobrina* et l'*insubrina*.

La forme même du texte rappelle celle de la loi lombarde. Le chapitre VII du Capitulaire de Pépin écrit ⁵³ :

53. A. BORETIUS, *Capit.* I, p. 32 : « Ut omnes justiciam faciant, tam publici quam ecclesiastici, et si aliquis homo ad palacium venerit pro causa sua et antea ad illum comitem non innoluerit in mallo ante racemburgiis, aut de causa sua ante comite in mallo fuit ante racemburgiis et hoc sustinere noluint quod ipsi ei legitime iudicaverint : si pro ipsis causis ad palacium venerit, vapuletur et si maior persona fuerit, in regis arbitrium erit, »

« Que tout le monde rende la justice, laïque ou ecclésiastique, si quelqu'un vient au palais pour son procès sans avoir eu d'abord recours à la justice du comte, ou parce qu'il n'admet pas sa décision, qu'il soit battu. Si c'est une personne de qualité, elle sera soumise à la décision du roi. »

La loi de Rachis écrivait d'une façon analogue ⁵⁴ :

« Que chaque jour tout juge reçoive les plaideurs »

et prévoyait que celui qui ferait appel au tribunal du roi sans avoir suivi la procédure normale serait bâtonné, « *iubemus ut eum fustetur* ».

Mais ces arguments ne sont que des preuves en faveur d'une origine commune des textes de Compiègne et de Verberie et du Capitulaire de Pépin. On peut trouver les traces d'une influence directe des premiers sur le second.

L'empêchement de mariage avec la mère et la fille, avec les deux sœurs, dont nous avons vu pour la première fois l'expression originale dans les décrets de Compiègne et de Verberie, est reproduit presque mot pour mot dans les Capitulaires de Pépin.

Maintenant que nous avons démontré la double origine lombarde et byzantine de ces textes, comment convient-il d'en interpréter la formation ?

L'influence byzantine est manifeste. C'est de Byzance que vient l'empêchement de mariage entre personnes parentes au septième degré de computation romaine

54. Loi de Rachis, anno 745, chap. II : « Si quis vero arimannus aut quislibet homo ad iudicem suum prius non ambulaverit, et iudicium de iudice suo non susceperit, et post iustitiam suam receptam sic venerit ad nos proclamare : componat ad ipsum iudicem suum solidos quinquaginta. Propterea precipimus omnibus, ut debeat revertere unusquisque causam habentem ad civitatem suam ad iudicem suum et nuntiare debeat causam suam iudici suo; et si iustitiam non receperit, tunc veniat ad nostram presentiam. Nam si quis venire antea presumpserit, priusquam ad iudicem suum vadat, qui habuerit unde componere solidos quinquaginta; et qui non habuerit unde compositionem faciat, iubemus ut eum fustetur. »

civile; de Byzance encore viennent les modalités de l'empêchement de parenté spirituelle.

C'est de Lombardie que vient le mode de computation. Il fallait donc expliquer la règle du septième degré romain dans une computation par parentèles qui était celle des Lombards. C'est en supposant le cas d'un des conjoints dans la troisième parentèle et de l'autre dans la quatrième parentèle, que les jurisconsultes lombards résolvaient la difficulté.

La règle de cet empêchement se trouve exprimée dans le canon de Compiègne. Elle fut admise par les envoyés du Pape, parce que, grâce à cette expression de septième degré, il y avait accord apparent avec la doctrine romaine. En fait, nous savons que le septième degré de l'Eglise romaine représentait une défense bien plus rigoureuse.

Pour le texte attribué à Verberie, on ne prit pas tant de peine. On écrivit plus grossièrement : « *In tertio genuclo separentur et post poenitentiam actam, si ita voluerint, licentiam habent alii se coniungere* ⁵⁵. » Le texte qui continue, en contradiction manifeste avec celui de Compiègne, ajoute : « *In quarta autem coniunctione si inventi fuerint, eos non separamus sed poenitentiam eis* ⁵⁶. »

*
**

C'est encore l'étude des textes de Compiègne et de Verberie qui nous livre l'origine d'un empêchement parti-

55. Concile de Verberie, ch. I (BORETIUS, *op. cit.*, p. 40). Ce texte a conduit P. FINSTERWALDER (*Die Canones Theodori Cantuariensis und ihre Ueberlieferungsformen*, 1929, p. 226-227) à reconnaître l'influence des pénitentiels sur les canons des textes de Verberie et de Compiègne. Nous ne croyons pas que la remarque soit exacte, les textes de Verberie et de Compiègne, visant un grand nombre de situations que les pénitentiels ne connaissent pas. Il serait plus exact de songer à une source commune.

56. A la quatrième génération, en effet, le mariage n'est pas défendu, il est permis, dit le canon 2 du concile de Compiègne,

culier dont les Codes d'aujourd'hui ont perdu le souvenir, mais qui fut autrefois très connu et joua souvent un rôle assez important dans l'ancien Droit canonique, l'affinité survenant ⁵⁷.

L'affinité peut naître de toute union charnelle, légitime ou illégitime, selon le mot de saint Paul : « Ne savez-vous pas que quiconque s'unit à une courtisane ne fait avec elle qu'un seul corps et réalise ainsi l'unité de chair ⁵⁸ ? » Donc, dans toute union charnelle, chaque conjoint devient l'allié des parents de l'autre, et cette alliance est empêchement de mariage, qu'elle soit légitimement acquise ou illégitimement.

Ce sont de tels empêchements que nous trouvons aux canons 2, 10, 11, 12, 18 de Verberie, et aux canons 10, 11, 17 et 18 de Compiègne.

Nous pouvons classer les cas qui nous y sont présentés en deux séries.

Dans une première série, nous constatons :

L'adultère d'un époux avec un parent de son conjoint.

La sanction frappe seulement l'époux coupable ; il est séparé de son conjoint et ne peut plus contracter mariage. L'époux non coupable et ignorant peut se remarier.

Que l'époux adultère ne puisse plus contracter mariage (à cause de cet adultère même, dit le texte), n'est-ce pas là un souvenir de la *lex Julia de adulteriis coercendis* qui déterminait la séparation des époux et la défense de se remarier ⁵⁹ ? Une preuve de cette façon de voir est l'excuse de l'ignorance (canon 18 de Compiègne) que, seule, la femme peut alléguer en vue d'un remariage, et

57. Cf. A. ESMEIN, *op. cit.*, 2^e éd., p. 426.

58. Saint Paul, I, *Corinth.*, VI, 16 ; FREISEN, *op. cit.*, p. 449.

59. Cf. A. ESMEIN, *Etude sur la lex Julia*, citée plus haut,

la tolérance du remariage chez l'homme (canons 2 et 3 de Verberie).

Une telle influence serait un nouvel argument en faveur de l'origine byzantine des textes de Compiègne et de Verberie.

Mais un simple raisonnement pouvait conduire à la nécessité d'une telle sanction. Si un mari commet l'adultère avec une parente de sa femme, il ne peut plus dorénavant s'unir à sa femme (à cause de l'affinité survenant entre elle et lui, qui est empêchement de mariage), sans ajouter l'adultère à l'inceste. Il ne peut pas, non plus, contracter un nouveau mariage, puisque le premier n'est pas rompu.

Sans doute, est-ce un tel raisonnement, par voie d'analogie, qui a déterminé la sanction applicable à la deuxième série de cas qui envisage (canon 17 et 18 de Verberie) :

L'union successive illégitime avec deux personnes parentes.

CHAPITRE VI

L'ŒUVRE STABILISATRICE DE CHARLEMAGNE

Des propositions faites par Chrodegand à l'assemblée de Compiègne, un petit nombre seulement était passé dans le Droit franc. Le canon 1 du Capitulaire de Pépin avait réduit et remanié les règles nouvelles importées de Lombardie ; il n'aurait servi à rien de se heurter plus violemment à des coutumes dont les plus anciens errements n'avaient pu encore être corrigés.

Aussi, quand le roi Pépin mourut à Saint-Denis, le 24 septembre 768, et qu'en 771 la mort de Carloman laissa Charles à la tête du vaste royaume de Pépin, on ne changea rien à cette politique.

Nous savons, d'une façon générale, où en était arrivée la prohibition de l'inceste chez les Francs. Nous avons vu, à propos du Capitulaire de 757, le désaccord marqué entre la règle pontificale et le Droit franc et le dessein modérateur de Pépin à l'assemblée de Compiègne. La législation de Charles, roi puis Empereur, ne révèle pas d'autre intention que de veiller également à l'application des défenses déjà promulguées dans chacune des parties de son Empire. Le respect des textes provinciaux est le trait saillant des Capitulaires de l'Empereur relatifs aux incestueux, comme on peut le vérifier, pour les Francs, pour les Bavares et pour les Lombards, jusqu'à l'année 813 où il songea à une réforme générale de la discipline religieuse,

SECTION I. — CHEZ LES FRANCS.

La première intervention du roi se fit en l'année 769, dans le premier Capitulaire, où, profitant des bonnes dispositions dans lesquelles Boniface aidé de Pépin avait mis le clergé franc, Charlemagne invite les évêques à rechercher les incestueux pour que ces malheureux ne meurent pas dans leur faute, et qu'un clergé indolent ne soit pas responsable de leur condamnation dans l'au-delà ¹.

Le canon 10 semble nous dire, en effet, que le clergé négligeait la tâche qui lui était confiée, de veiller sur les incestueux, les criminels, les infirmes et les pénitents :

« Que les évêques veillent à ce que les incestueux et les criminels ne meurent pas dans leur crime. Qu'ils veillent également à ce que les infirmes et les pénitents ne meurent pas sans l'huile sainte, la réconciliation et le viatique ². »

Il est intéressant de remarquer que ce canon 10 est original, alors que plusieurs autres de ce Capitulaire ³ sont pris au concile d'Orléans de 548, à celui de Paris de 614 et au Capitulaire de Carloman de 742.

Dès l'année 779, on décida, dans une assemblée mixte d'évêques, d'abbés et de comtes, au palais d'Herstal, à côté des dispositions que nous connaissons :

1. Charles semble avoir trouvé un modèle dans le Capitulaire de Carloman de 742, BORETIUS, p. 24 et suiv. Certains chapitres du Capitulaire de 769 ont été écrits dans le cadre de ce Capitulaire. Mais, il faut observer que le chapitre relatif à l'inceste a été ajouté dans le Capitulaire de Charles.

2. A. BORETIUS, *op. cit.*, p. 45, chapitre X : « Ut de incestis et criminosis magnam curam habeant sacerdotes, ne in suis pereant sceleribus, et animae eorum a districto iudice Christo eis requirantur. Similiter de infirmis et poenitentibus, ut morientes sine sacraei olei unctione et reconciliatione et viatico non deficiant. »

3. On a mis en doute l'authenticité de ce Capitulaire, le canon 10 que nous rappelons est précisément un des rares chapitres nouveaux. Si le texte n'est pas un Capitulaire il faut au moins y voir un texte nouveau sur la matière,

« Que les évêques aient le pouvoir de corriger les incestueux, et aussi de surveiller les veuves dans leur diocèse ⁴. »

L'autorité des évêques était donc contestée puisqu'il faut un texte exprès du pouvoir central pour la leur reconnaître ⁵. La contestation était, en effet, possible. L'histoire de la répression de l'inceste nous indique même sur quels points il pouvait y avoir conflit. En effet, à la fin de la période mérovingienne, sur la foi des constitutions du Théodosien, nous avons vu des textes décider la confiscation des biens des incestueux et faire intervenir le pouvoir séculier, qui ne manquait pas de trouver profit dans les amendes dont étaient frappés les coupables. Il appartenait d'abord à l'évêque de reconnaître qu'un inceste avait été commis et de le punir des sanctions ecclésiastiques, mais au comte ensuite de s'occuper des récalcitrants que ce premier rappel à l'ordre n'avait pas corrigés.

Le texte que nous étudions semble reconnaître désormais à l'évêque un pouvoir exclusif. Dorénavant, il appliquera jusqu'au bout les sanctions que le Droit avait décrétées contre les incestueux.

Nous avons la confirmation de ce point de vue, dans un Capitulaire d'inspiration ecclésiastique, promulgué pour la Saxe entre les années 775-790, qui décide que celui qui épouse une parente, ou, d'une façon générale, contracte une union défendue, doit payer 60 *solidi*, s'il

4. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 48, ch. 5 : « Ut episcopi de incestuosus hominibus emendandi licentiam habeant, seu et de viduis infra sua parochia potestatem habeant ad corrigendum. » On possède également ce texte sous une autre forme dite lombarde... « Et si de ipsis incestuosus aliquis post iudicium episcopi in ipso incestu se iterum miserit, si alodem habuerit, ipso fisco regis recipiat. »

5. Le pouvoir religieux, on s'en souvient, avait réussi à obtenir le secours du pouvoir séculier dans la correction des incestueux. Les textes du Droit romain qui étaient arrivés à ce résultat avaient agi dans le même sens en Lombardie.

est noble, 30 s'il est ingénu et 15 seulement s'il est lite⁶. On ne peut douter que le clergé ne soit chargé d'exécuter ces dispositions.

Jusqu'à présent, nous avons vu des lois qui sont manifestement d'origine franque. C'est une inspiration tout autre que nous trouvons dans un texte de la même époque, l'*admonitio generalis*, donné à Aix en 789⁷. Charlemagne, soucieux d'améliorer l'état religieux de son royaume, convoqua les *missi* et les évêques et leur remit le texte que nous possédons. On se trouvait au début du règne, et le roi ne voulait pas que cette manière nouvelle d'intervenir directement dans les affaires religieuses puisse paraître, aux yeux d'un clergé jaloux de ses prérogatives, une intrusion dans un domaine qui lui était propre. Le roi Josias, fait remarquer Charlemagne, n'a-t-il pas autrefois réalisé une réforme analogue ? Loin de lui l'idée de se comparer à un tel ancêtre, mais les exemples des saints sont toujours bons à suivre, et Charles prend l'initiative de proposer à l'assemblée les questions sur lesquelles il voudrait une décision⁸.

La plupart des canons qui furent alors promulgués, sinon dans leur forme même, du moins dans leur teneur, sont empruntés à la collection du Pape Hadrien, la *Dionysio-Hadriana*⁹, recueil des canons des anciens conciles œcuméniques, que le Pape avait remis à Charles en 774.

6. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 69, ch. 20 : « Si quis prohibitum uel illicitum coniugium sibi sortitus fuerit, si nobilis solidos sexagiuta, si ingenuus trigenta, si litus quindecim. »

7. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 52 : « Nam legimus in Regnorum libris... (II, ch. 22-23) quomodo sanctus Iosias regnum sibi datur a Deo circumeundo corrigendo, ammonendo ad cultum veri Dei studuit revocare. »

8. MANSI, *op. cit.*, t. XIII, col. 826 ; A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 54.

9. Les cinquante-neuf premiers canons sont visiblement empruntés à la collection. Ce ne serait pas directement d'après la « *Dyonisio-Hadriana* » que le texte aurait été composé, d'après A. BORETIUS, mais d'après la collection du cod. Sang. 679, MERKEL, *M. G. H., coll. PERTZ*, III, p. 495-496.

Dans cette *admonitio generalis*, nous trouvons une allusion aux incestueux, et la loi qui les condamne est la loi du Lévitique¹⁰. Déjà, dans ce texte s'ébauche une évolution de la discipline qui permettra bientôt l'accueil des canons de l'Eglise wisigothique.

Les deux royaumes, celui des Wisigoths et celui des Francs, offraient des ressemblances souvent signalées, mais dont le détail échappe encore à une étude d'ensemble. Il n'est pas douteux que la collaboration des deux pouvoirs civil et religieux, telle que l'avait comprise Charlemagne chez les Francs, n'ait préparé l'accord des deux législations¹¹.

Le pouvoir ecclésiastique se développait de plus en plus, nous en avons le témoignage dans le domaine de la juridiction de l'inceste. Dans les *capitula de examinandis ecclesiasticis*, datés de l'année 802, l'inceste est mis au premier rang des crimes que le clergé doit prévenir et réprimer¹².

Un Capitulaire général de *missi* de la même année parle à plusieurs reprises de ce *judicium* de l'évêque. De sa sentence, on ne peut en appeler qu'au roi qui se réserve de châtier, comme il le fit déjà dans le cas d'un certain Fricco, dont il n'a pas été possible de démasquer l'identité¹³. Une comparaison des chapitres 37 et 38 de ce Capitulaire nous montre même que la compétence

10. A. BORETIUS, *op. cit.*, I, p. 58.

11. DOM SÉJOURNÉ, *op. cit.*, p. 399 : sur le succès de l'Hispana. « Ce succès ne doit pas nous étonner, car la situation de l'Eglise des Gaules ressemblait beaucoup plus à celle de l'Espagne wisigothique, riche de biens, de personnes, d'églises, de livres, qu'à toute autre église des autres pays... »

12. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 97, ch. 33 « Incestuosum scelus omnino prohibemus. Si quis nefanda autem fornicatione contaminatus fuerit, nullatenus sine dictictione gravi relaxetur, sed taliter ex hoc corripiantur ut caeteri metum habeant talia perpetrandi, ut auferetur penitus et inmunditia populo christiano... Si autem episcopi ad suam emendationem consentire noluerit, tunc ad nostra presentia perducantur, memores exemplo quod de incestis factum quod Fricco perpetravit in sanctimoniali Dei. »

13. M. G. H., A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 97, l. 35.

ecclésiastique était seule applicable dans certains cas. Alors que le premier de ces deux chapitres vise une série de délits dont les justiciers seront les évêques, les prêtres ou d'autres encore, dans le second chapitre relatif à l'inceste, on ne désigne plus que les évêques et les prêtres, et c'est du seul jugement de l'évêque qu'il sera possible d'en appeler au roi¹⁴.

Devant cette série de textes, on ne peut manquer de remarquer que la législation ne se développe pas en profondeur, mais plutôt en étendue. Charles, durant cette période, ne se préoccupe pas tant de proposer des lois nouvelles que de veiller à la stricte application des règles anciennes. Il le dira lui-même en 805¹⁵ :

« Qu'on examine les incestueux selon la loi canonique, et qu'il ne soit fait exception de personne. »

C'est, pensons-nous, la caractéristique de son intervention dans le Droit canonique franc, au sujet de l'empêchement de parenté : pas de loi nouvelle, mais une rigoureuse application.

SECTION II. — CHEZ LES BAVAROIS.

Ce n'est pas seulement chez les Francs que les Capitulaires maintenaient les traditions ecclésiastiques. L'unité de l'Empire, à peine définie, n'était pas de nature encore à étayer un Droit unique. Chaque race, chaque nation,

14. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 48. Canon 37 : « Ut hii qui... et iudicium episcoporum... coeterorumque iudicium obhedire... noluerint. »

Canon 38 : « Et his fiat qui illicitis et incestis coniunctionibus reprehensi sunt correcti et nec se emendare volunt neque episcopis neque presbiteris suis obtemperare. » Le mot *correcti* a ici le sens qu'il a généralement dans les Capitulaires, de « *pénitents* ».

15. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 122, ch. 16 : « De incestis, ut canonice examinentur et nec propter alicuius amicitiam quidam relaxentur, quidam vero constringantur. »

dirions-nous aujourd'hui, vivait sous la loi que les conciles ou les rois antérieurs avaient établie.

Or, la dernière loi de l'Eglise bavaroise était récente. Elle était l'œuvre de Tassillon qui, à Compiègne, lors de la célèbre réunion de 757, avait puisé l'idée, qui devait compléter en Bavière la loi relative aux incestueux, si elle ne lui apportait pas les éléments d'une réforme complète ¹⁶.

Le concile de Dingölting tenu en 770 nous donne sur ce point un précieux témoignage ; deux de ses canons montrent bien que l'auteur avait retenu quelques-unes des dispositions du Capitulaire de 757 ¹⁷.

Le canon 4 vise l'empêchement de parenté spirituelle que nous connaissons et qui entra dans la législation franque en 757, à partir de l'assemblée de Compiègne. Il s'exprime ainsi ¹⁸ :

« Que nul n'ose épouser les vierges consacrées à Dieu, si quelqu'un le fait, il devra faire pénitence selon les prescriptions des canons. »

Le second, le canon 10, est plus caractéristique encore ; il est relatif à la nullité du mariage d'une femme libre qui épouse un esclave et se présente comme une solution nettement inspirée du canon 6 du texte de Verberie ¹⁹ :

16. Sur la présence du duc Tassillon au concile de Compiègne, cf. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., p. 941. Le duc Tassillon prêta hommage au roi Pépin.

17. MANSI, *op. cit.*, t. XII, col. 851 ; A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 93.

18. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 94, canon 4 : « De eo quod sanctae moniales, quae in servitio Dei sunt, ita constituit, ut nullus ausus sit in coniugium, in matrimonium ducere aut si quis ausus fuerit contra decreta canonum, ita componat, sicut canones decreverint. »

19. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 95, can. 10 : « De eo quod, si quis servus mulierem nobilem acceperit in coniugium et non prescivit, ita constituit, ut iterum libera esset, dimittat servum et postea non redigatur in servitium, sed esset libera. » MERKEL, *M. G. H.*, PERTZ, p. 460, fait le commentaire de ce texte à l'aide d'un document de 1160 emprunté aux traditions Reichersbergenses, n° 16 *Urkundenbuch des Landes ob der Enns*, t. I, p. 371.

« Si un esclave épouse une femme noble, sans qu'elle connaisse sa condition, on rendra la liberté à cette femme, elle abandonnera l'esclave, après quoi, elle ne pourra être réduite en esclavage, mais sera libre. »

Le chapitre 6 du texte de Verberie disait ²⁰ :

« De la même façon, si une femme libre épouse un esclave le croyant ingénu... si elle veut, elle pourra quitter son mari et... en épouser un autre. »

En 800, les conciles tenus à Riesbach, à Freising et à Salzbourg n'ajoutèrent rien, autant qu'il est possible d'en juger ; le canon 23, que nous possédons, ne fait que recommander aux chrétiens de se conformer aux décisions des conciles antérieurs et aux règles traditionnelles ²¹, en pleine conformité avec ce qui paraît être la volonté de Charlemagne. Ni pour les Bavarois, ni pour les Francs, il ne songeait en effet à compliquer un Droit qui semblait déjà assez rigoureux aux mœurs volontiers incestueuses des Germains. Le Pape ne partageait pas cette manière de voir. Léon III dut rappeler aux évêques de cette contrée que le quatrième degré qu'ils revendiquaient comme un privilège à eux spécialement accordé, n'était qu'une faveur conditionnelle ²². Dans une lettre du 11 avril 800, il écrit que « jamais on n'a retrouvé dans les archives pontificales la lettre qui établissait ce privilège et que la règle générale de l'Eglise est profondément contraire à cette prétention ». Un

20. A. BORETIUS, *op. cit.* t. I, p. 40, canon 6 : « Si quis ingenuus homo ancillam uxorem acceperit pro ingenua si ipsa femina postea fuerit inserta, si redimi non potest, si ita voluerit, liceat ei aliam accipere. » Ce qui prouverait encore qu'il n'y eut pas une assemblée spéciale à Verberie, mais une seule, celle de Compiègne, à laquelle assistait Tassillon, et où il eut connaissance des prétendus textes de Verberie.

21. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., p. 1011-1012. Texte dans MANSI, *op. cit.*, t. XIII, col. 1029; A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 205 à 215. Le canon 23 : « Admonemus omnino omnem populum Christianum ab inlicitis et sceleratis nuptiis abstinere. »

22. Lettre de Léon III à Arduic, archevêque de Besançon, *M. G. H.*, *Epist.* tome VI, p. 641 et suiv.

chrétien ne peut se marier dans sa parenté. Saint Isidore, évêque d'Espagne, sur ce point en accord avec les constitutions impériales byzantines, dit que le mariage est défendu jusqu'au septième degré²³. Si donc Charlemagne n'exige pas l'application des règles disciplinaires contenues dans la lettre de Zacharie à Pépin, le Pape va essayer de les faire pénétrer dans toutes les parties de la chrétienté ; sa lettre est révélatrice à ce sujet.

Un point très intéressant pour nous dans cette lettre, c'est l'association qu'y fait le Pape des décrets espagnols et byzantins, dont nous avons vu dans un précédent chapitre qu'ils auraient été à la base de la législation romaine de l'inceste. Ne serait-ce pas une nouvelle confirmation de cette hypothèse²⁴ ?

SECTION III. — CHEZ LES LOMBARDS.

Après la conquête franque, le Droit lombard conserva les caractères qui faisaient son originalité au temps des rois. En 779, Charles faisait allusion à sa législation spéciale, dans la version lombarde de son Capitulaire :

« Si un incestueux ne se soumet pas au jugement épiscopal, et s'il retourne à son inceste, il sera puni par la perte de son *alleu*, s'il en a un, au profit du fisc. »

23, Nous voyons maintenant, nommément invoqués, les auteurs espagnols. Le texte disait : « In concilio vero sanctae recordationis domnum Zachariam papam scripsisse euis synodi invenimus ita : sed neque hoc silendum est quod in Germanie partibus divulgatum est, quod quidem in archivo sanctae ecclesiae scriptum non repperimus, etc... Nunc autem custodimus non ambigimus, sed pro hoc, sicut nos observamus. Ita et illi ediximus, nam plus, quam praedecessores nostri canonice instituerunt, aliquid omnino dicere non valemus. Ripperimus quippe in beato Ysidoro Spaniensi Episcopo, usque in septimam generationem observare et sic copulare, quia in septimo die quievit Deus ex omnibus operis suis et in novellis Romanorum legibus (Sent. de Paul, l. IV, t. X, ch. 7) instar invenitur. »

24. Le souvenir de l'influence du Droit byzantin est manifestement plus marqué dans ce pays que chez les Francs. L'intervention du juge séculier semble toujours liée aux influences romaines.

On reconnaît la sanction des lois lombardes que nous avons rappelée plus haut ²⁵.

Un autre texte nous explique plus longuement encore la législation de l'Italie du Nord. Ce sont les canons du concile de Frioul tenu en 796 ou 797, et qui sont l'œuvre de Paulin, patriarche d'Aquilée ²⁶. Aux canons 8 et 9 de cette assemblée, il fut longuement parlé de l'inceste. On employa la langue précise de l'ancien Droit lombard dont le souvenir n'était pas éteint :

« Au sujet de ceux qui tentent de se marier avec des parents proches (*propinqui sanguinis adfinitatem*)... ²⁷. »

Le mot *affinitas* se trouve bien ici avec le sens que nous lui avons reconnu dans les textes des rois lombards, où il désigne la parenté d'une façon générale et non seulement la parenté par alliance. Pour rappeler la gravité de la faute, Paulin fait appel aux textes des anciens Pères, à la sévérité de leur sanction ; on sent planer les décisions terribles du canon 2 de Néocésarée :

« Il y a, dans l'ancien canon, une sanction grave et très dure des anciens Pères ; dans ces sortes d'affaires, la sanction préparée par la sentence judiciaire persiste sous le fouet de la pénitence ²⁸. »

Paulin d'Aquilée ressent la sévérité excessive de ce texte qui avait fait hésiter Grégoire le Grand et saint Avit vis-à-vis des Barbares. N'introduit-il pas plus loin l'idée d'une nullité de mariage, selon l'indulgence,

25. BORETIUS, *op. cit.*, p. 48, c. 5 : « Et si de ipsis incesuosis aliquis post iudicium episcopi in ipso incestu se iterum miserit, si alodem habuerit, ipso fisco regis recipiat. »

26. MANSI, *op. cit.*, XIII, col. 830-856 ; A. WERMINGHOFF, t. I, p. 177 à 195. Dans MADRISI, *Œuvres de saint Paulin*, reproduit par la P. L. de MIGNE, t. 99, col. 283 à 342.

27. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 191, c. 8 : « De his autem, qui propinqui sanguinis adfinitatem sibi in matrimonium sociare temptaverint... »

28. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 191, c. 8 (suite) : « Valde gravis nimisque asperissima in prisco canone ab antiquis patribus, de hoc negotio iudicialis sententiae elimata sub paenitentiae flagello persistit vindicta, »

comme un des meilleurs moyens de lutter contre l'inceste ?

« S'il est possible, que les époux séparés demeurent dans le célibat ; si à cause de l'incontinence ou, ce qui est mieux, pour avoir des enfants, ils ne peuvent demeurer dans cet état, qu'ils passent à de secondes noces. C'est ce que nous disons selon l'indulgence, mais non selon le Droit ²⁹. »

« Les enfants qui sont nés de ces mariages sont légitimes et peuvent recevoir la succession de leur père défunt ³⁰. »

On se souvient qu'en Italie la computation de la parenté se faisait selon le système du calcul germanique. Ce moyen présentait les difficultés pratiques qu'on imagine, accrues encore par la diversité des modes de computation. Aussi, Paulin préfère ne pas donner de chiffre pour apprécier la parenté et prend toutes les mesures pratiques pour que, dorénavant, on ne célèbre pas de mariages sans précaution :

« On questionnera même avec un soin tout particulier, les voisins, les vieillards de l'endroit qui pourraient connaître la ligne de parenté des deux fiancés ³¹. »

29. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 192, c. 8 (suite) : « Si vero hoc ordine cuncta peragantur ac probatum sine fraude testium fuerit et causa contigerit, quod postea aut ipsi recordati fuerint, qui primum se nescire professi sunt, aut certe per aliorum veratium hominum testimonium inventi fuerint in eo gradu consanguinitatis, quo segregari solent segregentur. Quidem ab invicem et agant paenitentiam et, si fieri potest, perseverent utrique innupti. Quodsi propter incontinentiam vel certe, quod est honestius, amore filiorum in id permanere nequeunt, transeant quidem ad secundas nuptias. Hoc autem dicimus secundum indulgentiam, non secundum imperium. Beatiores tamen erunt, si sic permanserint secundum nostrum consilium. Filii vero, qui ex tali matrimonio procreati fuerint, legitimi habeantur ad hereditatem defuncti capiendam. Qui autem non observaverint omnia haec, quae pro salute anime et fragilitate vitae supra compendiose scripta leguntur, et furtivas vel interdictas nuptias contrahere praesumpserint et proximi cognationis fuerint inventi, separentur quoque et ipsi et cunctis diebus vitae suae sub paenitentiae lamento permaneant atque ad secundas nuptias numquam ille vel illa perveniant, alieni a communione gratia iudicentur filiique, qui de hoc tam incesto coniugio nati fuerint, improbi habeantur nullamque rerum adipisci valeant parentum facultatem. »

30. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 192 : « Filii vero, qui ex tali matrimonio procreati fuerint, legitimi habeantur ad hereditatem defuncti capiendam. »

31. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 192 : « Requisisti quin etiam diligenti cura vicini vel maiores natu loci illius qui possunt scire lineam generationum utrorumque. »

Une erreur, si elle est plus tard reconnue, ne dispenserait pas les époux d'une séparation obligatoire :

« Mais, si tout s'accomplit en bon ordre, et s'il est prouvé que sans la fraude des tiers, qui d'abord avaient cru se souvenir, ou qui avaient déclaré ne pas savoir, le mariage s'est fait à des degrés où on a coutume de séparer les époux, qu'il soient séparés et qu'il fassent pénitence ³². »

« Les fils qui sont nés de mariages incestueux sont considérés comme illégitimes et ils ne peuvent rien recevoir de la fortune de leurs parents ³³. »

On voit, une fois de plus, dans ces textes, que Charlemagne acceptait, dans une large mesure, les droits nationaux des pays qu'il avait soumis à son Empire.

Dans un Capitulaire de l'année 787-789, dont il avait délibéré avec les évêques d'Italie, fidèle à la ligne de conduite qu'il s'est donnée, il dit au canon 4 ³⁴ :

« De la même façon que chacun cherche, chez les hommes qui lui sont confiés, à connaître les unions incestueuses. »

La suite du texte est une adaptation des chapitres 33 et 34 de l'édit que Liutprand avait publié en 723 ³⁵.

32. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 192 : « Si vero hoc ordine cuncta peragantur ac probatum sine fraude tertium fuerit et causa contigerit, quod antea aut ipsi recordati fuerint, qui primum nescire professi sunt aut certe per aliorum veratium hominum testimonium inventi fuerint ut eo gradu quo segregari solent, segregentur quidem ab invicem et agant paenitentiam ».

33. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 192 : « Filii... qui de hoc tam incesto coniugio nati fuerint improbi habeantur nullamque rerum adipisci valeant parentum facultatem. »

34. A. BORETIUS, *op. cit.*, I, p. 202 : « Similiter inquirat unusquisque homines sibi commissos ubi forsitan invenitur, ubi facte sunt illicitas coniunctiones. » La date de 787-789 que nous préférons à celle de 790-800 donnée par Boretius est proposée par CARLO DE CLERCO, *Capitulaires francs en Italie à l'époque de Charlemagne*, extrait du recueil *Hommages à Dom Ursmer Berlière*, 1931, p. 256 et suiv.

35. Leges Langob., éd. BLUHME, Sent. 33 : « Ita ut uxorem consobrinum aut insubrinum sua uxorem duxisset aut etiam qualibet parentum suam sibimetipsos uxorem copulasset. »

CHAPITRE VII

LES CONCILES DE 813

Charlemagne ayant décidé une réforme législative, réunit, en l'année 813, cinq grands conciles préparatoires¹, qui se tinrent successivement à Arles, Mayence, Tours et Chalon-sur-Saône. La législation des empêchements de mariage fut étudiée dans chacun d'eux sauf dans celui de Reims. Nous devons examiner séparément chacun des textes qui furent alors décrétés.

Le concile d'Arles.

Les deux archevêques, Jean d'Arles et Nebridius de Narbonne, présidèrent, en qualité de *missi* de l'Empereur², le concile d'Arles qui s'ouvrit le 10 mai. Selon le procédé habituel de l'Empereur, l'œuvre du concile était probablement préparée d'avance comme nous l'avons déjà vu à propos du concile de 779. Il est probable qu'une série de questions sur lesquelles l'Empereur vou-

1. Cf. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. IV. La réforme ne s'étendit qu'à la Gaule, cf. *Les annales du Royaume des Francs*, DOM BOUQUET, t. V, p. 62 : « Concilia quoque iussu eius super statu ecclesiarum corrigendo per totam Galliam ab episcopis celebrata sunt. » On pourrait cependant se demander si le *Capitulaire Mantuanum Duplex* de 813 n'appartient pas à cette réforme. Sur ce doute, cf. C. DE CLERCQ, *Capitulaires Francs en Italie à l'époque de Charlemagne*, 1931, p. 252; F. PATTETA, *Karoli capitulare Mantuanum*, *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, t. XXV, 1889-1890, p. 87. Un texte signalé par A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 245, « Conventum magnum populi apud Agnis palatium de omni regno uel imperio suo. »

2. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 249.

lait avoir l'avis des évêques leur avaient été remise au début des assises³.

Au canon 11, on aborda la question des mariages incestueux et, le texte, comme on pouvait s'y attendre, représente fidèlement la tradition de l'Eglise d'Arles, consignée au canon 30 du concile d'Epaone : L'inceste n'est pardonné que si les coupables ne demeurent pas dans une union que les Pères ont défendue. Les incestueux ne peuvent en aucune façon se prétendre époux légitimes, et sont incestueux, ceux qui se marient dans les quatre premiers degrés de parenté⁴. Sur un point, cependant, ces mesures ne coïncident pas rigoureusement avec les dispositions d'Epaone : il n'est plus, en effet, reparlé de la possibilité pour les époux de contracter une nouvelle alliance après la rupture du lien coupable⁵. La situation des incestueux avait, en effet, changé. Le canon 2 du concile de Néocésarée, appliqué à tous les empêchements de mariage, venait renforcer

3. Cf. la préface donnée par A. WHERMINGHOFF en tête des conciles de l'année 813, p. 247. Nous avons vu par des exemples antérieurs que cette méthode ne déplaisait pas à l'empereur. N'était-elle pas celle que les livres saints prêtaient à Josias, et que nous avons vue à l'assemblée de Compiègne de 757, et rappelée au sujet de l'admonitio generalis.

4. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 251 : « De incestis coniunctionibus, sicut a sanctis patribus institutum est nihil prorsus veniae reservamus, nisi cum adulterium separatione sanaverint... (le reste du texte donne l'énumération des cas d'Epaone, la finale seule se révèle avec une opinion différente) et in incesti baratrum neglegentem quemlibet immergit. » Il n'est pas question dans le texte de quatrième degré, mais les prescriptions dont il est parlé, ne dépassent pas le quatrième degré de computation romaine. On verra au concile de Mayence pourquoi nous faisons cette remarque.

5. Il y a plusieurs observations à faire à ce sujet :

1° Si on compare les canons d'Epaone et ceux d'Arles, on observe d'abord la disparition du mot « *sobrinae* ». Nous ne retrouvons à Arles que le mot « *consobrinae* » pour désigner ces diverses sortes de cousins subtilement distingués par le canon 30 d'Epaone. Le texte que nous trouvons ici n'est cependant pas celui de l'Hispana; 2° celle-ci en effet, admettait la nullité du mariage et autorisait le remariage. Cf. P. HINSCHIUS, *Les Fausses Décretales*, p. 336, cap. LXI.

Nous connaissons donc trois formes de ce texte :

1° Epaone, 517, can. 36;

2° Le texte de l'Hispana, can. 61 du concile d'Agde;

3° Le texte de concile de 813.

Une quatrième nous sera donnée par Gratien C. XXXV, qu. 2, can. 8.

Ce sont autant d'étapes de l'histoire de l'empêchement.

les canons des textes de Compiègne et de Verberie, relatifs aux empêchements de *parenté survenant*, devant lesquels nous avons vu Paulin d'Aquilée s'incliner avec regret⁶. Le texte connu et vénéré dans toutes les Eglises, répétait, dans sa formule concise, que jusqu'à la mort, l'incestueux ne pouvait recevoir la communion. Seule la bienveillance d'un Pape avait pu, selon la miséricorde, et non selon l'*imperium*, accorder une dispense pour l'adolescent qu'une condamnation trop rigoureuse risque de conduire à la débauche⁷.

Il semble bien qu'à cette époque le principe de la nullité des mariages incestueux que saint Avit avait si bien su comprendre et utiliser, ne soit plus connu du Droit canonique⁸. Les Pères n'ont pas seulement supprimé le texte qui fondait ce Droit, ils lui ont même substitué une formule nouvelle⁹ : « *Et in incesti baratrum neglegentem quemlibet immergit* », qui rappelle la gravité de l'excommunication que saint Avit avait eu l'humanité de ne pas citer à l'époque où les Burgondes venaient d'arriver à la foi catholique, au lieu de : « *Habeunt ineundi melioris coniugii libertatem.* »

Le concile de Mayence.

Le concile de Mayence, plus important que le précédent par les déductions que nous pouvons en tirer, s'ouvrit le 9 juin 813. Hildebald, archevêque de Cologne, Riculf de Mayence, Arno de Saltzbourg et Bernard de Worms représentaient l'Empereur ; ils apportaient une

6. Cf. le concile de Frioul, canon 8, A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 191 et suiv.

7. C'est la lettre de Léon à Rusticus de Narbonne qui fonde ce Droit.

8. Nous avons déjà vu comment l'esprit de l'interprétation du canon 2 de Néocésarée avait changé sous la pression sans doute des théories de l'*affinitas superveniens* et comment, en définitive, tout inceste était devenu punissable de la nullité de mariage.

9. Cf. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 251, canon 11.

compétence reconnue dans le domaine du Droit canonique de leurs Eglises¹⁰. Les évêques s'étaient répartis en trois sections qui siégeaient dans les locaux du monastère de Saint-Alban, et qui évoquaient les trois sections des commissaires du Digeste. C'est la troisième, sans doute, qui eut à discuter les textes relatifs à l'inceste puisque nous les trouvons rapportés à la fin même du concile¹¹. Quatre canons nous font connaître les décisions qui furent prises¹².

Selon leurs prescriptions rigoureuses, les évêques s'engageaient à rechercher les incestueux, à chasser de l'Eglise le coupable obstiné et à ne le recevoir à la réconciliation et à la pénitence que le jour où il aurait donné des signes de son repentir¹³.

Mais les canons relatifs à l'inceste, en usage jusqu'alors

10. Cf. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 258; HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. III, 2^e p., Hildibaldus, archevêque du Sacré Palais, et les autres représentants s'adressant à l'Empereur, disent dans la préface qu'ils sont venus « secundum jussionem vestram in civitatem Moguntinam ». Le texte de ce concile est plus savant que celui du concile d'Arles, il semble se ressentir de la proximité des écoles de Charles. Les textes qui sont lus avant le concile pour fixer les idées des réformateurs sont très divers : passages de l'Evangile, des lettres de Paul, des Actes, les canons, divers traités des Saints Pères, le livre pastoral de Grégoire le Grand. Il faut sans doute penser que le canevas des délibérations proposé par l'empereur était l'œuvre d'un parti cléricol naissant, de réforme ecclésiastique, qui se présentait comme la première conséquence de la réorganisation des écoles par Charlemagne.

11. « In tertia denique turma », dit la préface du concile, « sederunt comites et iudices, in mundanis legibus desertantes, vulgi iusticias perquirentes omniumque advenientium causas diligenter examinantes, modis quibus poterant iusticias terminantes ». Il ne faudrait cependant pas conclure de ce texte à une compétence des comtes en matière d'inceste, le canon 53 redit en effet, que les chapitres des capitulaires antérieurs avaient déjà dit à ce sujet, que les évêques s'appliquent à rechercher les incestueux et les excommunient si après monitions ils ne se sont pas soumis à la droite discipline ecclésiastique.

12. Ce sont les canons 53, 54, 55 et 56, A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 272 et 273, qui ont respectivement trait aux incestueux en général, à la règle du quatrième degré, aux fils spirituels, et à l'*affinitas superveniens* des canons 11 et 12 du concile de Verberie. Il y a là, la preuve croyons-nous, de la connaissance des textes de Verberie dès cette époque, et le rejet de la permission des mariages au quatrième degré représente bien une opposition aux prétendus canons de Compiègne comme nous le disions plus haut.

13. « Ut si penitere noluerint, de ecclesia expellantur, donec ad paenitentiam revertantur. » A. WERMINGHOFF, p. 272.

dans les Eglises, n'étaient pas d'accord sur la désignation de la parenté défendue. Le texte de Compiègne avait jeté un nouveau trouble dans la matière. Propriété de Chrodegand, la collection était revenue avec lui à l'Eglise de Metz, et de là, s'était répandue dans les Eglises de Germanie. La permission des mariages au quatrième degré, qu'établissait dans son premier canon le texte de Compiègne, était venu confirmer un privilège auquel on croyait encore malgré les lettres des Papes qui, depuis Grégoire II, avaient mis en doute l'existence de cette faveur accordée aux Germains. Aussi, devant ce texte que personne ne considérait comme celui d'un concile, les évêques réagirent. N'utilisant pas chez eux le comput que ce texte employait, ils le comprirent au sens juridique romain, comme on le faisait traditionnellement et prononcèrent une condamnation¹⁴, en ayant soin de reprendre les termes mêmes du texte attribué à Compiègne et en employant comme lui le mot de génération :

« Il est faux qu'il soit possible de se marier au quatrième degré. Une séparation devra intervenir pour toute union ainsi contractée. »

Les Pénitentiels qui décrétaient eux aussi la loi du quatrième degré et maintenaient dans les Eglises rurales cette interprétation condamnée se trouvaient par là même réfutés, mais nous ne pensons pas qu'ils aient été

14. Le texte dit clairement « *contradicimus ut in quarta generatione nullus amplius coniugio copuletur; ubi autem post interdictum fuerit inventum, separetur* ».

Si nous rapprochons ce texte de celui du concile d'Arles que nous citons plus haut, nous devons constater que les deux prohibitions coïncident si le comput visé est bien celui que nous disons. Le concile d'Arles ne va pas en effet au delà du degré des cousins désignés sous le mot *consobrina*.

Ce canon est très nettement une réponse au canon I de Compiègne : « *Si in quarta progenie reperti fuerint coniuncti, non separamus* » et au c. I de Verberie : « *In quarta autem coniunctione si inventi fuerint, eos non separamus.* » D'autres passages du texte du concile nous montrent la liaison qu'il faut faire avec ces textes non officiels mais cependant répandus.

visés directement par les textes du concile de Mayence.

Le concile ne devait d'ailleurs pas borner sa tâche à corriger les canons en usage dans les Eglises germaniques, il devait les compléter. L'empêchement de parenté spirituelle était définitivement entré dans l'usage, mais aucun canon ne le sanctionnait encore à côté du Capitulaire de Pépin de 757 ; on le prescrivit ¹⁵ :

« Que personne ne prenne en mariage le fils ou la fille qu'il a reçu des fonts baptismaux. Si une union de cette espèce a déjà eu lieu, qu'on la rompe. »

Le souvenir de l'étonnement de Boniface devant l'empêchement de parenté spirituelle demeurerait présent à tous les esprits, et Etienne II avait même jugé à propos de revenir sur cette question dans des termes très voisins de ceux qu'emploieront des Pères du concile ¹⁶.

Le Capitulaire de 757 était encore rappelé et expliqué au canon 56 ¹⁷, pour les cas d'*affinitas superveniens*.

« Si quelqu'un épouse une femme veuve, puis s'unit à sa filiâtre par un adultère, si quelqu'un épouse successivement les deux sœurs, ou si (hypothèse imprévue au chapitre I du Capitulaire) une seule femme épouse les deux frères ou s'unit successivement au père et au fils, il devra être anathématisé. Le mariage devra être rompu et le coupable ne pourra plus se remarier. »

15. Canon 55 : « Nullus igitur proprium filium aut filiam de fonte baptismatis suscipiat nec filiolum nec commatrem ducat uxorem nec illam cuius filium aut filiam ad confirmationem duxerit. Ubi autem factum fuerit separentur. »

16. Le Pape Etienne II disait en effet dans le style des conciles romains : « Ut nullus habeat commatrem suam spiritalem tam de fonte sacra quam de confirmatione neque sibi clam in neutra parte coniugio societam. Quodsi coniuncti fuerint separentur. » MANSI, *Ampl. coll.*, XII, 558, C. IV.

17. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 273, can. 56. « Si quis viduam uxorem duxerit et postea cum filiastra sua fornicatus. » Texte du Cap. « Si homo cum matre et filia... fuerit seu duabus sororibus nupserit aut si qua duobus fratribus... aut cum duabus sororibus nupserit seu cum patre et filio, tales copulationes anathematizari et disiungi praecipimus nec unquam amplius coniugio copulari. »

C'est dans ce texte qu'on reconnaît le plus clairement que les Pères du concile, en délibérant sur les décrets que nous venons de citer, avaient sous les yeux les canons de la collection de Chrodegand. Comment autrement auraient-ils songé à défendre à l'incestueux coupable, le remariage, qu'aucun texte ne prohibait avant lui ? les Eglises d'Arles et d'Aquilée avaient bien prescrit une prohibition de ce genre, mais fondée sur le canon 2 du concile de Néocésarée ; et on avait admis une dispense que le concile de Mayence condamnait d'avance en écrivant que le coupable d'inceste adultérin serait l'objet d'une « magna districtio »¹⁸.

Les conciles de Tours et de Chalon-sur-Saône.

Si les deux conciles d'Arles et de Mayence sont les plus importants de la réforme de 813, les canons des conciles de Tours et de Chalon ne manquent pas de nous montrer l'incidence des chapitres que l'Empereur avait publiés dans ses Capitulaires antérieurs, relatifs à l'inceste.

A Tours, les évêques s'effrayaient du nombre et de la persévérance des coupables¹⁹ qui n'écoutaient pas leurs monitions. Ils ne pouvaient user efficacement du pouvoir de coercition qu'ils avaient acquis au cours du règne de Charlemagne, et ils imploraient l'appui du bras séculier pour les cas où les appels salutaires de l'Eglise demeuraient inentendus²⁰. L'excommunication même

18. « Sed sub magna districtione fieri », *loc. cit.*

19. Le concile de Tours, visiblement réuni sur commande, n'a pas l'entrain du concile de Mayence, les évêques font des efforts pour soumettre à l'empereur leur part de projets : « Pauca ostendenda... serenissimo imperatori nostro. » L'Eglise d'Arles, nous l'avons vu, n'était pas non plus très bavarde sur la réforme, qui nous paraît assez nettement inspirée par le parti cléral des écoles de Mayence. La vitalité de cet archevêché expliquerait peut-être pourquoi le Faux Isidore a trouvé bon de choisir le nom de cette ville pour abriter ses faux.

20. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 292, c. 41 : « Incestuosi... apud nos, heu pro dolor, repperiuntur. Sed aliqui ex illis sacerdotum nolunt admoni-

effrayait le clergé de Tours. Les excommuniés persistent dans leur crime. Que faut-il en faire ? Là, on ne conseille plus, on demande à l'Empereur son aide et sa décision ²¹.

A Chalon-sur-Saône, on s'inquiète de la question de la computation de la parenté. Les textes qui circulent sont un peu confus, il faut bien l'avouer, mais la décision est nette : il ne faut pas s'occuper des Pénitentiels, mais s'en tenir à la règle des conciles qui, eux, se bornent à l'énumération des parents avec qui le mariage est défendu sans s'occuper de leur degré de parenté. Leurs dispositions sont les seules que les chrétiens doivent suivre ²². Sur la foi des textes scripturaires ils ont établi la loi matrimoniale des chrétiens : ils sont la Loi ²³.

Les Pères ont appris aussi que des femmes avaient imaginé pour se séparer de leur mari ce moyen frauduleux de tenir leur enfant devant l'évêque au moment de la confirmation ²⁴. Conformément aux canons, on

tionibus aurem accomodare, volentes in pristinis perdurare criminibus. Quos oportet per saecularis potentiae disciplinam a tam prava consuetudine coercere, qui per salutifera sacerdotum monita noluerunt revocari. » On voit, d'après ce canon, comment à Tours on avait compris la demande de réforme de la part de l'empereur. On lui fait un tableau de la situation : on trouve des incestueux que les évêques ne peuvent maîtriser. Ce texte indique bien, croyons-nous, les relations entre les deux pouvoirs à ce sujet. On se conforme rigoureusement aux canons de l'époque antérieure, où il était recommandé de livrer au bras séculier le récalcitrant. Il n'y a pas juridiction concurrente mais complémentaire. Les textes en ce sens sont trop nombreux pour qu'il soit utile de revenir là-dessus.

21. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 292, can. 41 (suite) : « Sed illi hoc parvipendentes, in eisdem perdurarunt criminibus. Quamobrem vestra decernat mansuetudo quid de talibus deinceps agendum sit. »

22. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 279, c. 28 : « Interrogaverunt nos quidam de affinitate propinquitatum et in quibus gradibus matrimonia jungenda sint. Quibus nos ad canones currere praecipimus et quod in eis continetur, hoc ab eis in hoc negotio sicut et in caeteris observari debere. »

23. Ils ont parfaitement défini l'empêchement dans sa double étendue. Le canon suivant revient sur une règle que l'on pouvait croire définitivement fixée, celle de l'étendue de l'affinité. Les derniers conciles romains de 721 et de 743 avaient défini les règles sur lesquelles il ne pouvait y avoir aucun doute.

C. 29 : « Sane quae in propria viro, haec nimirum in uxoris parentela de lege nuptiarum regula custodienda est. Quia ergo constat esse duo in carne una, communis illis utrimque parentela esse credenda. » WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 279.

24. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 279, can. 31, « Dictum est etiam nobis est quasdam feminas desidiose, quasdam vero fraudulenter ut a viris suis

devait les séparer de leurs maris. Désormais, cette tromperie n'aurait plus d'effet : Les coupables seront soumises à la pénitence pour le reste de leur vie, mais ne seront pas séparées de leurs maris. Pour ne pas être en contradiction avec les termes du canon, il faut imaginer que les époux devront garder la continence dans la maison familiale.

Le capitulum d'Hatton de Bâle.

L'ensemble des dispositions de la législation de Charlemagne a été consigné dans une synthèse claire et précise que rédigea Hatton, évêque de Bâle (807-823). Voici, rapidement résumé, le *capitulum* qu'il consacra aux empêchements de mariage.

Il faut tout d'abord qu'on sache en quoi consiste le délit d'inceste. La règle générale est simple : on ne doit pas se marier en deçà du cinquième degré. Hatton a pris pour base le texte du concile de Mayence qui défend, à l'encontre du concile de Compiègne interprété selon la computation juridique romaine, les mariages entre cousins²⁵. Chaque prêtre devra veiller dans sa paroisse à ce

separentur, proprios filios coram episcopis ad confirmandum tenuisse. Unde nos dignum duximus ut si qua mulier filium suum desidia aut fraude aliqua coram episcopo ad confirmandum tenuerit, propter fallatiam suam poenitentiam agat, a viro tamen suo non separetur. » Il y a un grand nombre de canons qui commencent par « Dictum est ». On dirait que les évêques et les abbés de la Gaule Lyonnaise (A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 274, l. 10, préambule) se sont d'abord informés auprès des prêtres.

A Chalon on comprend l'œuvre de restauration dans le sens de corrections à la loi canonique en vigueur et on exposera les améliorations qui paraîtront souhaitables. On s'en prendra aux abus : A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, 274 et 277. « Dictum est nobis quod in quibusdam locis episcopi et comites ab incestuosus et ab his qui decimas non dant, wadios accipiant et a presbyteris pro quibusdam neglegentiis et inter se pecunima dividant. Quae penitus abolendum decrevimus, ne forte avaritiae locus detur. »

25. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 365, c. 21 : « Ut sciant et intelligant quid sit incesti crimen et hoc unusquisque in sua parrochia provideat ne fiat; et si factum fuerit, quantum celerrime potuerit emendetur; id est ut nullus sibi accipiat de propinquitatē usque in quintum genu. »

Nous croyons qu'il ne faut pas attacher d'importance à l'expression *genu* désignant ici le degré. Les textes nous mettent en présence de telles confusions, que, déduire de l'expression la computation employée, serait s'exposer à de graves méprises.

que l'inceste ainsi défini ne se commette pas, et à le reprendre aussi vite que possible dès qu'il aura été perpétré.

Si des gens se sont mariés dans les degrés d'une parenté interdite, et s'excusent de leur ignorance, qu'on ne leur fasse pas trop rapidement crédit, qu'ils subissent l'épreuve du jugement de Dieu. Au quatrième degré, cependant, si le mariage est contracté, on ne séparera pas les époux, mais ils demeureront dans la pénitence aussi longtemps que durera leur union, c'est-à-dire jusqu'à la mort de l'un d'eux. Nous retrouvons ici la sanction du concile de Chalon contre ces femmes qui, pour quitter leur mari, avaient imaginé de devenir marraines de leurs enfants²⁶. Toutefois, nous pensons qu'il y a possibilité pour eux de rompre ce lien et de contracter d'autres unions, légitimes cette fois, car le sort de pénitents est lourd et il ne convient pas que ceux qui se sont mariés au quatrième degré soient aussi durement traités que ceux qui se sont mariés au troisième. Or, ceux qui se sont unis au troisième degré ont toute licence après la séparation de prendre une nouvelle épouse.

L'empêchement d'affinité survenant est définitivement admis. Le *capitulum* d'Hatton interdit, en effet, l'union avec deux parentes : la mère et la fille, les deux sœurs, les deux frères ou le père et le fils.

Il est également interdit à un homme d'épouser sa commère, à une femme d'épouser son compère. On ne peut davantage épouser son filleul ou sa filleule, ni une religieuse. Dans tous ces cas, il n'y a pas de mariage licite²⁷.

26. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 365, c. 21 (suite) : « Quod si ignoranter factum duerit, non facile credatur, sed iudicio Dei examinetur. Et non separantur in quarto genu sed in penitentia cunctis diebus coniunctionis suae perseverent. »

27. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 365, c. 21 (suite) : « Similiter et vir duas uxores inter se simili ratione coniunctas aut uxor duos viros inter se eodem modo conjunctos aut compater aut dommater, filiolus aut filiola spiritalis

Si une personne a commis l'adultère au premier ou au second degré de parenté ou d'affinité, elle perd définitivement ses droits au remariage. Au troisième degré, elle reçoit une pénitence, il ne lui est pas permis d'épouser son complice, mais elle conserve néanmoins ses droits à un mariage à venir ²⁸.

La matière de l'inceste est riche, observe l'évêque de Bâle. On pourrait beaucoup écrire à ce sujet, en particulier sur l'inceste qui se commet par l'union successive avec la mère et la fille ; « ce qui vient à l'esprit ne peut pas se dire » ; ce qui est sûr, c'est que dans les cas que nous venons de rappeler, conformément au concile de Mayence, le mariage est définitivement impossible ²⁹.

de fonte aut de confirmatione, his talibus nulla ratione in matrimonium licitum est coniungi. »

28. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 365, c. 21 (suite) : « In primo vero genu uel secundo si inventi fuerint scelus fornicationis perpetrasse, matrimonii iura alterius sciant se funditus perdidisse, in tertio uero genu si inventi fuerint tali crimine pollutos esse, digna penitentia eos subsequatur et tamen matrimonii iura eis non vicissim sed ad alios non negentur. »

29. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 355, c. 21 (suite) : « Plura sunt quae ad incesti crimen scribi poterant, sicut in matre et filia et noverca, et pene innumera quae menti ad scribendum non occurrunt, huiusmodi tamen et his similibus personis copula maritalis in sempiternum subtrahitur. »

CHAPITRE VIII

LES CAPITULAIRES ET LES CONCILES APRÈS CHARLEMAGNE

Après la mort de Charlemagne et jusqu'à l'année 850 environ, les successeurs de l'Empereur et les évêques conserveront les règles qu'il avait adoptées. Nous trouvons, pour nous en instruire, deux sortes de documents : les Capitulaires et les conciles, sources que nous étudierons de compagnie. Si l'on n'ajoute rien aux prohibitions que nous connaissons déjà, les règles répétées et publiées à nouveau s'entremêlent, hâtant de plus en plus l'unité de législation qui va triompher à l'époque de Benedictus Levita.

Un premier point est caractéristique pour cette époque : la destination des biens confisqués à l'incestueux. Le chapitre 6 d'un Capitulaire de 821 déclare que ceux qui ont eu leurs biens confisqués pour cause d'inceste, ne seront pas fondés à les réclamer si cette confiscation a eu lieu plus de cinq ans avant le *placitum* de Compiègne¹. Le texte auquel il fait allusion est un *capitulum*

1. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 301, ch. 6. « De his qui se dicunt propter incestum res proprias amisisse, constitutum est ut, si ante proximum quinquennium, quando placitum nostrum habuimus in Compendio easdem res amiserunt, non eis restituantur », texte que A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 268, rattache au ch. V : « Quicumque hominis proprietas ob crimen aliquod ab eo commissum in banum fuerit missa, et ille recognita ne iustitiam faciat, venire distulerit annumque hac diem in eo banno esse permiserit ulterius eum non adquirat, sed ipsa fisco regis societur. »

legi additum, du 1^{er} novembre 816, ainsi que l'a signalé Boretius. Il y est écrit :

« Les biens d'un coupable ont été mis *in banum* et le coupable a refusé de venir en justice. Après un an et un jour, il ne pourra les reprendre, mais ils appartiendront au fisc royal. »

Ce texte nous révèle en même temps un détail intéressant de la recherche des incestueux. Voici, en effet, comment on doit l'interpréter. Il s'agit ici d'un incestueux qui n'a pas obéi à la monition épiscopale. L'évêque est, dès lors, fondé à demander l'intervention du pouvoir séculier ainsi que nous l'avons vu antérieurement. Si cette intervention, qui se faisait par un simple appel en justice, se révélait inefficace, on procédait plus brutalement en confisquant les biens du coupable insoumis, confiscation qui devenait définitive après un an et un jour.

C'est aux incestueux victimes de cette procédure avant les cinq années qui ont précédé le Capitulaire de 816, que sera désormais refusé tout recours en réclamation des biens confisqués. Cette restitution ne devait se faire d'ailleurs, qu'après paiement d'une amende de 60 *solidi*². Confiscation et amende sont sans doute ces pratiques des comtes et des évêques vis-à-vis des incestueux³, contre lesquelles s'était élevé le *capitulum* du concile de Chalon de 813⁴. Le texte que nous rapportons serait

2. C'est l'amende type du royaume franc. Chez les Lombards, elle était de 100 *solidi*. Il y a d'autres variantes encore. On en retrouve longtemps le souvenir. Nous pensons qu'il s'agit d'une garantie. On se souvient en effet, que le concile réformateur de 813 à Tours, avait défendu que les évêques et les comtes gardent pour eux ces amendes. Chez Grégoire VII, on trouvera ces garanties sous le nom d'*induciae*.

3. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 277, 118, ch. 18.

4. La question de cette amende pose celle de la juridiction. Sauf pour l'Italie, on n'a pas de texte précis concernant l'attribution de la compétence des causes matrimoniales. En général, on parle de l'évêque. C'est d'ailleurs dans la logique de l'époque. C'est l'Eglise qui a imposé l'empêchement. Des conciles, les prohibitions ont été reprises par les Capitulaires. Les tex-

un témoignage de leur abolition, bien qu'un recueil de 826-827 les condamne à nouveau ⁵.

A cette époque, la littérature ecclésiastique s'enrichit de jour en jour : aux remarques brutales des anciens conciles, on substitue des dissertations théologiques subtiles qui nous paraissent aujourd'hui fastidieuses, mais qu'il faut considérer comme une conséquence de l'activité des écoles alors en pleine vitalité ⁶.

Au concile de Paris, de l'année 829, le chapitre 69, canon 2, s'occupant des fautes les plus graves commises par les laïques, introduit une série d'idées beaucoup plus élevées que celles auxquelles nous étions habitués. On y trouve un Code de la vie conjugale selon saint Augustin, dont un souvenir sera l'institution laïque de Jonas d'Orléans ⁷.

Le clergé ne tarde pas à souffrir des lois barbares qui ne sont plus conformes aux décisions pontificales. A mesure que sa culture s'affine il se sépare du monde séculier. Dans la *relatio episcoporum ad Hludovicum imperatorem*, on sent déjà sourdre un besoin de réforme, que ne cessent de solliciter les œuvres d'Isidore de Séville ⁸ :

tes espagnols avaient une tendance marquée vers l'union des pouvoirs. (Cf. DOM SÉJOURNÉ, *op. cit.*, p. 391, 1929). Les textes, cependant, ne semblaient faire intervenir le bras séculier que dans les cas précis où la justice épiscopale ne pouvait contraindre les délinquants.

5. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 299, ch. 18. Le texte est un peu différent. « De episcopis, qui pro quibilibet neglegentiis a presbyteris wadios accipiunt et de his, qui decimas dare contempnunt, sive de his, qui incestus crimine polluuntur, hoc omnibus placuit et observatione dignum visum est, quod in Cabillionensi concilio dictum est. »

Il ne s'agit plus que des évêques. Ce texte serait-il le signe de ce mouvement de séparation du clergé et des laïques qui aboutira aux Fausses Décrétales ?

6. C. CALISSE, *op. cit.*, p. 134.

7. A. WERMINGHOFF, *op. cit.*, p. 669.

8. A. BORETIUS-KRAUSE, *op. cit.*, t. II, p. 27. « Relatio episcoporum ad Hludovicum imperatorem ». Ce texte, au chapitre VI, traduit, dans la spéculation à la mode de l'époque, le malaise politique : « quod eiusdem ecclesiae corpus in duabus principaliter dividatur eximiis personis. » On s'appuie sur une lettre de Gélase à Anastase. Trop de science fait revenir un

« sur les points qui visent la correction des prêtres et l'amendement des fidèles... »,

et l'on ne craint pas de s'adresser directement au roi⁹.

« Qu'est-ce qu'un roi, si ce n'est celui qui régit selon la piété, la justice et la miséricorde. »

Néanmoins, il fallut attendre l'année 847 pour qu'un nouveau concile vînt apporter, sinon une véritable réforme, du moins quelques remaniements conformes à l'esprit de l'époque dans une matière qui méritait encore l'intervention des législateurs.

On y répéta les mesures anciennes sans tenir compte de la lettre de Léon III qui, déjà en l'an 800, déclarait qu'il ne dispensait que dans la mesure où la rusticité des mœurs l'imposait.

Le canon 28 de ce concile de Mayence est la combinaison du canon 47 de l'ancien concile de 813, lui-même emprunté à un capitulaire missorum de 802, au canon 41 du concile de Tours¹⁰.

Le canon 29, à son tour, combine le canon 59 de l'ancien concile de Mayence avec le canon 2 du concile d'Arles de la même année. On fait cependant un pas de plus en ajoutant aux textes¹¹ :

vieil état politique qu'on pouvait croire définitivement oublié. « Quae ad nostrum et sacerdotum subjectorumque nostrorum correctionem et emendationem pertinere, quae populis necessario adnuntianda et admonenda prevedimus. »

9. BORETIUS et KRAUSE, *op. cit.*, t. II, p. 46 et suiv. La personne royale suit la personne sacerdotale : « Quid rex dictus sit? Isidorus... si enim pie et iuste et misericorditer regit, merito rex appellamus. »

10. MANSI, *ampl. coll.*, t. 14, col. 911, can. 28 : « Ut episcopi incestuosos penitus investigare studeant omnino decrevimus : qui si poenitere noluerint, de ecclesia expellantur, donec ad poenitentiam revertantur. Quod si sacerdotum noluerint admonitionibus aurem accomodare, volentes in pristinis perdurare criminibus, oportet eos per saecularis potentiae disciplinam a tam prava consuetudine coerceri. »

11. MANSI, *ampl. coll.*, t. 14, col. 911, can. 29 : « Si quis viduam uxorem duxerit et postea cum filiastra sua fornicatus fuerit, seu duabus sororibus nupserit : aut si qua duobus fratribus nupserit seu cum patre et filio : item si quis relictam fratris, quae pene prius soror extiterat, carnali coniunctione

« Il faut les séparer, et ils n'auront jamais le droit de se remarier. »

Les effets de la nullité romaine reconnaissables à Epaone, sont oubliés définitivement. Déjà, le concile d'Arles de 813 s'était abstenu de les invoquer, s'il n'avait pas encore établi l'empêchement radical et définitif.

Le canon 30 reprend le *contradicimus* du canon 54 du concile de Mayence de 813 auquel il ajoute le canon 29 du concile de Chalon de la même année. Il établit la loi de l'affinité, empêchement de mariage, dans l'extension que nous connaissons déjà¹². Il ne fait qu'appuyer des textes de Mayence sur des textes de la réforme carolingienne de 813, précisant encore l'incapacité de remariage de quiconque s'est uni à un parent¹³.

Le concile insiste sur la canonicité de la *correction* ; il semble que, faute d'avancer, on veille à l'application des anciennes dispositions.

A Meaux également, les évêques s'inquiètent des unions incestueuses commises à l'intérieur de la maison, tandis qu'à Mayence, on s'occupe des incestes dont le prêtre pourrait avoir connaissance au confessionnal¹⁴.

En Italie, la compétence de l'évêque se détermine de mieux en mieux, cependant. Dans une liste de réclamations faites par le clergé réuni à Pavie vers 847-850, on demande que pour mettre à exécution le chapitre 4 d'un

violaverit : si quis novercam aut nurum suam duxerit : si quis consobrinae suae impudice se sociaverit, vel relictæ sive filiae avunculi, aut patris filiae, vel privignae suae concubitu pollutus, vel huiusmodi coniunctionis contactu maculatus fuerit : eos disiungi et ulterius nunquam coniugio copulari, sed sub magna districtione fieri volumus. »

12. MANSI, *ampl. coll.*, t. 14, col. 834.

13. MANSI, *ampl. coll.*, t. 14, col. 911. can. 30 : « Contradicimus quoque, ut in quarta generatione nullus amplius coniugio copuletur : ubi autem post interdictum factum inventum fuerit, separetur. Sane eadem quae in viri. haec nimirum in uxoris parentela de lege nuptiarum regula custodienda est. Quia ergo constat eos duos esse in carne una, communis illis utrinque parentela esse credenda est, sicut scriptum est : erunt duo in carne una. »

14. MANSI, *ampl. coll.*, t. 14, col. 912, can. 31.

Capitulaire de Lothaire de l'année 846, l'aide du bras séculier soit donnée aux évêques¹⁵.

« Le texte sacré nous apprend que le pécheur public doit être puni de peine publique. Or, on trouve certaines personnes qui contractent des mariages incestueux, s'unissent à des proches ou à des religieuses. Nous demandons que les évêques les punissent de la pénitence publique et qu'ils soient aidés par les comtes du roi. »

En 853, à Valenciennes, on affirmait aussi la compétence spéciale de l'évêque dans la connaissance de ce délit¹⁶ :

« Au sujet des unions entre parents ou avec les fiancés des autres, ce qui a été fait dans le passé sera jugé par le tribunal épiscopal. »

Une allocution d'un certain *missus*, dit aussi en 857 que les prêtres devront rechercher les incestueux qui sont dans leurs paroisses et les chasser de l'Eglise ; s'ils ne veulent faire pénitence, ni se corriger, qu'on les conduise à l'évêque¹⁷.

Le clergé, de plus en plus, se trouve seul à juger les causes relatives au mariage, et le mouvement que nous enregistrons ici semble lié à l'acceptation pure et simple par le pouvoir séculier, des lois canoniques.

15. *Capit.*, A. BORETIUS et KRAUSE, II, p. 83, ch. 12 ; p. 101, ch. 6.

« Sacra docet auctoritas, ut publice peccantes publicae poenitentiae subiiciantur, inveniuntur autem quidam, qui incesta matrimonia contraxerunt et vel proximis suis vel Deo sacratis mulieribus copulati sunt, quidam etiam publice homicidia vel alia crimina perpetrarunt; quos ut episcopi publicae possint poenitentiae subiugare, petimus, ut comitum vestrorum auxilio fulciantur. » *Cap. de Worms*, 829, ch. 5. *Capit. des Missi*, 819, ch. 14.

16. Cf. A. BORETIUS et KRAUSE, *op. cit.*, II, p. 76, ch. 8 : « De raptis et coniunctione sanctimonialium atque propinquarum seu sponsarum aliorum ut, quod in preterito actum est, secundum consilium et iudicium episcoporum corrigatur et de cetero omnimodis caveatur. »

17. A. BORETIUS et KRAUSE, *op. cit.*, capit. II, p. 292 : « Ut unusquisque presbyter inbreviat in sua parrochia omnes malefactores, videlicet raptores, rapaces, adulteros incestos, homicidas, latrones : et eos extra ecclesiam faciat, nisi poenitentiam agere voluerint. Sive emendare noluerint, ad episcopi praesentiam perducantur. »

Il n'y a pas de question, croyons-nous, qui, à cette époque, présente une importance plus grande dans le mariage, que celle des empêchements. On ne s'occupe guère de consentement ou d'effets mais bien plutôt des coupables qui n'ont pas obéi aux lois relatives à l'inceste. L'acceptation des lois de l'Eglise dans la matière, représente la pénétration des idées chrétiennes dans le milieu social barbare. Là, est la raison de son acharnement, de l'application qu'elle a mise à réglementer le mariage et à sanctionner efficacement les empêchements. Elle a si bien réussi dans son œuvre que les juges laïques lui délèguent volontiers en matière d'inceste une compétence qu'elle n'abandonnera plus pendant longtemps.

CHAPITRE IX

ACTIVITÉ DES ÉVÊQUES PENDANT ET APRÈS LE RÈGNE DE CHARLEMAGNE

Comment se comportaient les évêques devant cette charge que le pouvoir civil confiait définitivement au clergé ?

Au début, ils se montrèrent assez instruits des dispositions des conciles et des capitulaires carolingiens. Nous avons vu déjà, en achevant d'exposer l'histoire des empêchements sous Charlemagne, que l'évêque de Bâle avait présenté la meilleure synthèse qui puisse être faite des textes carolingiens sur la matière. Mais nous avons dû, cependant, y noter des influences dont on chercherait en vain la trace dans les textes officiels. Devant la sanction terrible qu'est l'impossibilité de tout remariage, Hatton a cru bon de temporiser, en la restreignant aux seuls cas de mariage entre parents au second ou au premier degré ¹.

Avant lui, Gerbald ², évêque de Liège, avait écrit pour le clergé de son diocèse, des *capitula* où il demandait la stricte application des canons relatifs aux incestueux ³.

1. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 365.

2. Sur Gerbald, cf. CARLO DE CLERCQ, Le droit diocésain liégeois à l'époque carolingienne, *Leodium*, t. XXIII, n° 4-6, p. 23 à 40.

3. MANSI, *op. cit.*, t. 13, col. 1091.

« Si omnes secundum legem Domini sive nobiles sive ignobiles uxores legitime sortitas habent, non uxores ab aliis dimissas, non Deo sacratas, non nanes, non raptas et contra parentum voluntatem habentes, non parentum neque propinquitatis alicui adfinitate coniunctas, id est primum non matris incestor, non sororis, non materterae id est matris sororis, non ami-

Le canon 17 nous rappelle le canon du texte de Compiègne reproduit à Mayence en 813, sur la prohibition des mariages dans la parenté spirituelle. Au canon 4, dans la forme confuse où le présente Mansi, on constate que, si les textes officiels de l'Eglise franque calculaient encore la parenté suivant la computation romaine, des évêques, dans leurs diocèses, n'en prenaient plus la peine et reproduisaient des textes dont nous avons montré le caractère étrange dans la législation carolingienne. Nous voulons parler des textes d'origine byzantine dont les Lombards avaient modifié la forme originale ⁴.

Théodulfe d'Orléans, qui introduisit en France les œuvres d'Isidore de Séville, aurait pu, sans doute, nous fournir des documents plus intéressants ⁵. Mais, la lecture de ses œuvres ne nous apprend rien ⁶ ; on ne trouve rien, en effet, au sujet des mariages incestueux. Théodulfe, qui avait pris part à la confection des Capitulaires de Charlemagne relatifs à la question, ne semble pas éprouver le besoin de modifier des dispositions dont il était à même d'éprouver la sagesse.

Jonas fit plus ; le premier il sut exploiter les œuvres d'Isidore de Séville ⁷ et reprendre, modifiés sous l'inspiration de ce grand encyclopédiste du clergé de l'époque, les principes que Zacharie, en 747, Léon III, en 800

ae id est sororis patris, non privigne id est filiastram, non fratris uxorem, non avunculi uxorem, non nepotis uxorem, non quis patris uxorem concubito illicito violet, non consobrinam id est de fratre et sorore natam aut de duobus fratribus vel de duobus sororibus, non sobrinam id est in tertiam generationem vel de una in tertia de alia in quarta vel ambabus in quartam generationem, una lex id est sive de viro sive de femina in istis generationibus coniunctis, sive aliquam feminam quam suus consobrinus ut sobrinus in secundam aut in tertiam aut in quartam generationem accipit, id est aut in tertium articulum vel in quartum sibi de una parte in tertiam et de alia in quarta pertinentes fuerint. Post obitus defuncti propinquus eius uxorem illius accipere non potest. »

4. Cf. Concile de Compiègne, p. 188. C'est le texte qui inspire Gerbald. Nous avons remarqué plus haut, que l'évêque de Liège était présent à Compiègne.

5. Théodulfe d'Orléans, *P.* de MIGNE, t. 105, col. 187.

6. DOM SÉJOURNÉ, *op. cit.*, p. 391.

7. P. L. MIGNE, t. 106, col. 146. On ne saurait assez insister sur le rôle d'Isidore, tant auprès des théologiens que des juristes. L'observation a été faite trop souvent pour que nous ayons à y revenir. DOM SÉJOURNÉ, *op. cit.*, p. 392.

avaient rappelés vainement au roi Pépin et aux évêques⁸.

« Toute union illicite est un inceste, et, à plus forte raison, l'union avec un proche ou avec une femme consacrée à Dieu. Celui qui s'unit avec une *Deo sacrata* est incestueux au sens étymologique du mot. »

On reconnaît immédiatement l'influence de l'évêque de Séville qui, avec ses étymologies, fixait la conduite du roi ; l'incestueux est, en effet, *non castus*.

C'est Jonas encore qui reprend, selon saint Augustin, l'explication des *necessitudinum nomina* qui fixent la limite de l'empêchement. Le texte dit *gradus*, ce qui montre la persistance dans l'Eglise carolingienne du mode de computation civil romain⁹.

Dans la Gaule carolingienne, on n'a pas abandonné, en effet, l'étude du Droit théodosien. C'est même à cette époque, pensons-nous, que furent composés l'épître d'Aegidius¹⁰ et la Scintilla, qui serait l'œuvre d'un moine franc de la région de Tours¹¹. Il est impossible que les auteurs de ces textes n'aient pas connu les arbres généalogiques conçus sur le type romain alors qu'ils mettent tant de soin à nous rapporter les listes des parents de Paul et de Gaïus, selon le Code théodosien¹².

Jonas n'ignore pas non plus, les décisions pontificales du concile de 721¹³. Il les rapporte en détail, cite la

8. *P. l.* de MIGNE, t. 106, col. 183, ch. VIII. « Cum omnis illicitus concubitus incestus sit, multo magis concubitus cum propinquis Deoque dicatis feminis, habetur incestus. »

9. La démonstration se fait en plusieurs points.

1° Le principe de la défense.

2° Les textes d'Augustin et d'Isidore.

3° Les textes des conciles.

4° Conclusion : *aperte demonstratur*.

Une remarque sur le mot « denotatur ». Comme l'auteur ne sait trop quel sens lui donner, à la manière d'Isidore, l'étymologie y pourvoira « Denotatur dico, quia.... denobilitatur... »

10. HAENEL, *Lex romana Wisigoth.*, p. XXV.

11. HAENEL, *eod. loc.*, p. XXVI.

12. HAENEL, *op. cit.*, appendice, p. 458.

13. *P. L.* de MIGNE, t. 106, col. 184, p.

lettre à Augustin de Cantorbéry et explique la permission des mariages au quatrième degré de parenté, comme une faveur toute spéciale accordée aux Anglo-Saxons, eu égard à la rudesse de leurs mœurs ¹⁴.

Il va même jusqu'à annoncer la réforme à venir, en nous parlant de cette sanction spéciale de l'inceste qui réside dans l'idée d'infamie : *infamiae denotatur*, écrit-il ¹⁵.

Les raisonnements de Jonas sont rigoureusement conduits. Voici la conclusion qu'il nous donne en matière d'empêchement de mariage :

« De là, il est nécessaire que chaque fidèle prenne garde de ne pas commettre ces sortes d'incestes pour ne pas tomber dans le péché et ne pas mériter l'anathème apostolique. »

Tous les évêques n'étaient pas aussi savants que Jonas et ne se complaisaient pas dans cette dialectique nouvelle récemment venue d'Espagne. Rodolfe de Bourges en était encore au canon 2 de Néocésarée qu'il empruntait sans doute, à la Dionysio-Hadriana ¹⁶.

D'une façon générale, tous les textes que nous venons de voir nous révèlent une belle sérénité canonique chez les évêques. Qu'ils donnent des décisions dont ils ne connaissent pas l'origine comme Gerbald, ou des dissertations savantes à la manière de Jonas, leur tranquillité est complète. Dans le désordre général des textes relatifs à la prohibition, ils adoptent un ou deux canons qui seront la base de leur réglementation.

A Mayence cependant, on commençait à souffrir de la

14. *P. L.*, de MIGNE, t. 106, col. 184. « Sed notavi ut eidem rudi populo consuleret. »

15. Il y a là, la première manifestation de l'idée d'*infamia*, venue sans doute, avec les textes romains wisigothiques. C'est une preuve qu'il faut placer à cette époque, les résumés de l'*Interpretatio* et de la loi romaine des Wisigoths, en usage en Gaule.

16. P. FOURNIER et LE BRAS, *op. cit.*, t. I, p. 97.

multiplicité des canons. Parmi le Capitulaire de l'Empereur, les canons de Metz, sous la forme appelée plus tard, concile de Compiègne, les textes de Boniface, de Grégoire I^{er}, de Grégoire II, de Zacharie, d'Isidore enfin, que fallait-il choisir¹⁷ ? Cette difficulté poussa Humbert, évêque de Wurtzbourg, à demander conseil au savant abbé de Fulda, Raban Maur, dont la réponse nous a été conservée¹⁸.

Humbert lui écrivait :

« J'ai consulté la lettre de Grégoire à Augustin, les décrets du Pape Zacharie, les Etymologies d'Isidore ; devant les variantes de ces textes, en ce qui concerne l'empêchement de parenté, je viens te demander conseil. »

Raban, satisfait de l'aventure, veut préparer une longue dissertation suivant les habitudes cléricales de l'époque, compulser auparavant les *maiorum dicta* et les *sacrorum librorum volumina*, et enfin instruit, répondre pertinemment. Mais le temps lui manque, et nous aurons une dissertation moins livresque et plus pratique, faite de souvenirs et de réflexions personnelles¹⁹.

En matière de mariage, ce qui est licite ou illicite, est défini par la loi du Seigneur et par l'Evangile. L'ancienne loi défendait l'inceste, la nouvelle défend l'adultère. L'autorité de cette affirmation est le Lévitique, texte que nous connaissons bien. Après l'avoir cité, Raban met un peu d'ordre dans la série des textes²⁰.

17. Ce sont les textes qui mettent Humbert dans l'embarras, d'après Raban, *P. L.* de MIGNÉ, t. 110, col. 1083. *M. G. H., Epistolae*, t. III, p. 444 et suiv.

18. « Ubi et commemorans te quaedam capitula legisse papae Gregorii ad Augustinum, gentis Anglorum pontificem, necnon et decreta Zachariae papae de eadem re; similiter quoque quid Isidorius, Hisp. episc. in Ethimologiis suis inde senserit notum habere. » *M. G. H., Epist.* t. III, p. 445,

19. « Breviter haec commemorans quae legisse me recordatus sum uel quae subito dictanti in mentem venerant », *loc. cit.*

20. « Dominus per legem uel evangelium innotuit quid licitum sit uel illicitum de nuptiis », *loc. cit.*

Il y a une défense générale d'inceste que Dien a faite à son peuple pour le préserver de la contamination païenne ; les Ecritures ont fait deux catégories dans cette défense générale, et toutes ces défenses ne vont pas au-delà de la troisième et de la quatrième génération. Ce qui est exact, si on suppose un comput romain, absurde si on imagine une computation germanique ²¹.

C'est le motif qui a décidé le Pape Grégoire I^{er} à écrire à Augustin qu'on pouvait permettre les mariages au troisième et au quatrième degré. Raban note ²² la liaison des textes des Pénitentiels avec celui de Grégoire, comme nous avons dû le faire à propos de Boniface qui nous enseigne aussi, selon le Pénitentiel de Théodore, que, chez les Grecs, on peut se marier au troisième degré, chez les Romains au cinquième, qu'on ne dissout pas les mariages faits au troisième, s'ils ont l'excuse de l'ignorance, ajoutant le principe de l'affinité à la mort de la femme ou du mari. Et Théodore, ajoute Raban, était fort au courant du Droit oriental comme du Droit occidental ²³. Sa science et son autorité sont au-dessus de tout soupçon. Mais les Papes ont, récemment, tout confondu, observe Raban, et font aller la défense jusqu'à la sixième et à la septième génération ; c'est là du Droit humain et non plus divin, dit l'abbé de Fulda. Nous retrouvons bien l'esprit de Boniface qui ne voulait pas admettre l'empêchement d'affinité spirituelle. Raban

21. *Loc. cit.*, 446. « Cum enim Dominus populum suum de contaminationibus gentium voluisset separare, primum generali vocabulo ad proximitatem sanguinis prohibuit quemquam accedere, ne revelaret turpitudinem eius. »

« Deinde ipsam generalitatem formae in XII subdivisit, quae tamen ultra tertiam uel quartam generationem non procedunt. Ac ideo reor Dominum Gregorium papam Augustino interroganti, tertia uel quarta generatione iam licite connubia iungi respondisse. »

22. *Loc. cit.*, 446.

23. Ch. 78, dans WASSERSCHLEBEN, *op. cit.*, p. 109, « Hunc autem Theodorum Tharso Ciliciae natum Vitellianus papa... ordinans ad Brittaniam, et tam Orientalium quam Occidentalium ecclesiarum consuetudinibus pleniter institutus fuerat nec eum aliqua latere potuerunt et... »

évoque son souvenir : *beatus Bonifacius Martyr noster-que Patronus*, et l'enquête qu'il avait entreprise sur la question ²⁴.

Raban n'oublie pas, non plus, qu'Isidore fait la même prescription, mais il l'attribue à une réflexion d'homme de cabinet ; c'est, sans doute, en relisant sa *series genealogiae* qu'il fut amené à en décider de la sorte, c'est, en effet, la limite de défense qu'elle atteint.

Ce qu'il faut, c'est veiller à tempérer la discipline et à ne pas accumuler les péchés en accumulant les peines. Il faut craindre de graves conséquences. Il faudra rechercher les unions entre parents aux degrés défendus et il faudra les dissoudre ; il y en a beaucoup et je crains, dit le sage abbé, que se multiplient l'adultère et la fornication et que nombre de jeunes gens soient précipités dans l'abîme de la mort éternelle. L'adultère et la fornication ne sont-ils pas deux fautes plus graves que l'inceste ? L'Evangile ne les a-t-il pas particulièrement défendus ²⁵ ?

Aussi, puisque Humbert a eu le sage dessein de consulter le judicieux abbé, voici le conseil final qui lui donné : Mettons Théodore entre Grégoire I^{er} et Isidore, et permettons les mariages au delà du cinquième degré. La loi divine ne s'y oppose pas, ni les écrits des Pères. Si quelqu'un est marié avec une parente au cinquième degré, qu'on ne le sépare pas de sa femme, mais qu'on leur impose à tous deux, les pénitences prescrites :

« *Et sic nisi fallor cautela erit in iudicio atque iusticia servatur in facto* ²⁶. »

Raban, sans doute, avait eu plus de temps, le jour où,

²⁴. *Loc. cit.*

²⁵. *Loc. cit.*, p. 446 et suiv., « Inde reor eum fecisse quod genealogiae seriem retexens quousque ordinem numerando perduxit, eo servandam cognationem sanguinis aestimavit. »

²⁶. *Loc. cit.*, p. 447.

répondant au chorévêque Régimbald, il lui détaillait la longue série des textes relatifs à ce qu'on n'appelait pas encore l'empêchement d'*affinité survenant*, après lui avoir écrit ce qu'il avait cru bon de décider dans sa lettre à Humbert sur l'empêchement de consanguinité²⁷.

On avait demandé à l'abbé de Fulda ce qu'il fallait faire dans le cas où deux parents se seraient unis charnellement avec une même femme. C'est une faute grave, répond Raban, on n'en peut douter²⁸. Le Deutéronome et le Lévitique prononcent dans ces cas, des peines très sévères. Dans le cas d'ailleurs, où la loi ancienne ne prononce pas de peine, on doit penser que le feu perpétuel de la géhenne sera le châtiment des coupables. Paul a imité cette discrétion des textes sacrés, mais le concile de Néocésarée dit clairement ce qu'il faut penser²⁹. Voilà bien une fois de plus, la preuve du rôle curieux joué par ce texte qui finit par justifier une sanction généralisée à toute la série des empêchements de mariage nés de la parenté, alors qu'il avait été promulgué pour la seule affinité collatérale du second degré, et dans un sens moins rigoureux que celui qu'une exégèse égarée par des textes d'inspiration étrangère a fini par lui donner.

Mais Raban reste, dans ce cas encore, un parfait canoniste, plus préoccupé de guérir la maladie de son peuple que de l'effrayer par des sentences terribles, seulement de nature à le détourner de Dieu, qui Lui, plein de bonté, répand sa miséricorde de génération en géné-

27. *P. L.* de MIGNE, t. 110, col. 1087. *M. G. H.*, epist. 3, p. 450, « Si pater et filius, vel si duo fratres aut avunculus et nepos cum una muliere fornicaverint, quo inde faciendum esset, manifestum est, quod gravi vindicta plectendum erit... »

28. « Quod grave facinus est ». Ce sont les mots de Boniface, à propos de l'empêchement d'affinité spirituelle.

29. *Op. cit.*, t. III, 451. C'est le concile de Néocésarée qui fait la base de la défense. La justification par la notion d'adultère, celle de l'Eglise d'Orient, était trop subtile pour ce temps et ces lieux. A Rome même, on invoquait Néocésarée, depuis le pape Léon III, dans sa lettre à Arduic de Besançon.

ration sur ceux qui le craignent ³⁰. Il faut noter au passage, cette pieuse humanité du sympathique abbé de Fulda. Depuis saint Avit, nous n'avons plus rencontré cette paternelle bienveillance à l'égard de ceux, pour qui les lois pontificales étaient vraiment si rigoureuses, qu'elles ne devaient jamais aboutir qu'à de retentissants scandales.

La sagesse de Raban reste constante. Elle n'est pas le résultat passager d'une lecture, ou d'une méditation. Sa conviction profonde peut se résumer en quelques mots dont on peut voir l'application dans tous les cas dont il s'est occupé. Consulté sur la pénitence qu'il faut imposer à un incestueux parricide, il dit ³¹ :

« Les saints canons s'opposent aux unions incestueuses et les défendent rigoureusement ; l'adultère est non seulement défendu par la loi divine, mais par l'Evangile lui-même. »

Les deux fautes n'ont donc pas la même gravité : L'adultère que l'Evangile condamne à plusieurs reprises, doit être plus sévèrement puni que l'inceste. Il faut penser que Raban se montre vis-à-vis de Rome moins timoré que Boniface qui cédait vite devant l'autorité pontificale, malgré les raisonnables oppositions que son bon sens de pieux exégète pouvait lui suggérer.

Un des éléments des décisions tempérées de Raban doit d'ailleurs être recherché dans l'autorité que conservaient encore à cette époque, les Pénitentiels. N'est-ce pas le nom de Théodore qu'il invoquait, en posant la règle de la validité du mariage après le cinquième degré ?

30. *Loc. cit.*, p. 451.

31. *M. G. H.*, *op. cit.*, p. 451. La fin du chapitre IV tout entière : « Nam incestis coniunctionibus omnis sanctorum canonum constitutio valde contradicit atque hoc fieri penitus prohibet. Adulterium vero non solum lex divina damnat, sed etiam evangelica auctoritas omnino fieri vetat. »

CHAPITRE X

LE TRIOMPHE DE LA DISCIPLINE PONTIFICALE PAR LES RECUEILS ISIDORIENS

Une volonté réformatrice avait marqué l'œuvre conciliaire de la première moitié du ix^e siècle. Le clergé faisait pression sur le pouvoir séculier pour obtenir une rénovation des dispositions ecclésiastiques désuètes que Charlemagne et ses successeurs avaient incorporées aux lois civiles.

Nous avons signalé dans le chapitre précédent les efforts des réformateurs dans le domaine du Droit matrimonial. C'était, en quelque sorte, ce qu'on a appelé la voie légale.

Les deux conciles de Meaux en 845 et de Paris en 846¹, nous disent combien les efforts localisés sur tel point de la discipline étaient l'expression d'un besoin général de réforme². Il faut relire les derniers canons de ces con-

1. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. IV, 1^{re} p., p. 120; la première assemblée eut lieu à Meaux, le 17 juin 845, la deuxième, à Paris, le 14 février 846 : « Depuis l'époque de Louis le Débonnaire, dit la préface, l'Eglise est malade des pieds jusqu'à la tête. Les évêques ont beaucoup prié et ont arrêté des projets de réforme... Malheureusement la malice de Satan et de ses serviteurs fit que ces propositions n'étaient pas encore entrées dans l'esprit du roi et du peuple. »

2. MANSI, *op. cit.*, t. 14, col. 811. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. IV, 1^{re} p., p. 121. Le concile de Paris, MANSI, *op. cit.*, t. 14, col. 850 : Les évêques se sont réunis à Paris pour délibérer sur la cause de tous ces malheurs. » « Les événements politiques avaient mis le roi dans la quasi-impossibilité d'appliquer les décisions du concile de Meaux d'une manière générale; tout au plus avait-il pu faire ou ratifier quelques restitutions aux établissements ecclésiastiques. Nous ignorons en quoi consista le travail de révision du con-

ciles pour mesurer l'impatience des réformateurs, leur bonne volonté, on pourrait dire leur soumission vis-à-vis du pouvoir séculier. Ne vont-ils pas jusqu'à écrire que pour les besoins de l'époque et des hommes, ils ont adouci l'ancienne sévérité des canons³ ? Ils terminent malgré eux, en opportunistes un peu lassés, « Si le roi peut faire exécuter immédiatement ces divers points, nous en remercions Dieu. S'il a la bonne volonté de le faire et qu'il ne le puisse immédiatement, que sa volonté, mieux que sa velléité, se réalise le plus tôt possible⁴ ! »

On tenta un dernier effort en 846, à la Diète d'Epernay⁵. Mais une faction de laïques détourna définitivement le roi de tout projet de réforme⁶. De la longue dissension des fils et petits-fils de Charlemagne, était sorti un interminable conflit entre rois et sujets, rois et évêques, évêques et bas clergé. Les conciles, avant de songer à des règlements de la discipline intérieure, devaient d'abord rétablir la paix entre les pionniers autorisés de l'ordre canonique. Il fallait un autre moyen législatif. Les voies légales s'étaient révélées insuffisantes.

Or, chaque Eglise gardait ses règles propres, vieux documents autochtones, pieusement conservés, en souvenir d'un saint évêque ou d'une époque florissante, textes

cile de Paris, puisque les articles de Meaux ne nous sont parvenus que sous la forme où ils furent promulgués par les Pères du concile de Paris. Peut-être, cette révision se borna-t-elle à une simple ratification. »

3. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. IV, 2^e p., p. 1299 : « Les évêques (au concile de Meaux) avaient devant eux l'œuvre des synodes antérieurs qui avaient discuté et rédigé un plan de réforme soumis à l'empereur (capitul., t. II, p. 26, n. 196); aussi, loin de songer à innover, ils voulurent s'approprier ce qui était bon dans ces anciennes décisions. Les vingt-quatre premiers canons renouvelaient ces ordonnances d'autrefois » ; L. HALPHEN, *Le règne de Charles le Chauve*, 1909.

4. Concile de Meaux, 845, MANSI, *op. cit.*, t. 14, col. 990, ch. 80.

5. Datée en juin 846 par HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. IV, 1^{re} p., p. 127; PERTZ, *M. G.*, H. t. I, p. 442; MANSI, *op. cit.*, t. 14, col. 850; P. FOURNIER et G. LE BRAS, *op. cit.*, t. I, p. 183.

6. Le roi s'était écarté de la délibération et n'admit que dix-neuf Capitula. HEFELE-LECLERCQ, *op. cit.*, t. IV, 1^{re} p., p. 127. Cf. HALPHEN, *op. cit.*, p. 281.

importés d'une église lointaine dont les canons en passant de mains en mains finissaient par entrer dans le code canonique universel, lettres des Papes soigneusement gardées avec le respect dû au siège de Pierre. Mais tout était vieilli, désorganisé, base insuffisante de la vie ecclésiastique.

Restaient les collections. Tous les courants de l'histoire du Droit canonique y avaient laissé leurs marques; l'œuvre mérovingienne en était la base; l'œuvre wisigothique, l'œuvre anglo-saxonne, l'œuvre romaine s'y reconnaissaient aisément. Mais, pratiquement, depuis la législation de l'Empereur Charles, le Droit canonique vivait sur la Dionysio-Hadriana augmentée de capitulaires et de conciles. C'était un ensemble de règles, sinon tout à fait contradictoires, du moins assez peu en accord, sans cohésion, sans ordre et surtout incapables de servir de base à une entreprise réformatrice.

On eut l'idée de faire un choix parmi ces éléments, de les remanier et d'en publier une nouvelle édition. Qu'allaient devenir, dans ce dessein, les empêchements de mariage nés de la parenté et de l'affinité ?

Le rajeunissement des textes relatifs à cette matière se manifesta dès le début. On chercha surtout à rétablir l'autorité de l'épiscopat⁷. Il ne fallait plus compter, comme on l'avait fait jusque-là, sur l'autorité séculière, il fallait trouver un appui plus solide qui ne risquât pas à chaque instant de laisser l'Eglise sans contrôle. L'exemple de Boniface était présent à tous les esprits. La fécondité de son œuvre, la marque dont il avait empreint les Eglises fondées ou réformées par lui, témoignaient des heureux effets de l'autorité spirituelle romaine indiscutablement obéie⁸.

7. Cf. R. VON SCHERER, *Über das Eherecht bei Benedict Levita und Pseudo-Isidor*, *Festschrift der Universität Graz*, 1879.

8. P. FOURNIER et G. LE BRAS, *op. cit.*, p. 130.

9. Cf. G. HARTMANN, *Der Primat des römischen Bischofs bei pseudo-Isidor*, 1930.

Or, le Droit pontifical avait devancé les décisions de Pépin et de Charles en matière d'empêchements de mariage¹⁰. Si les mœurs barbares avaient été l'excuse de cette situation, on ne devait plus, après les lettres de Zacharie, songer aux exceptions que des Papes avaient cru pouvoir tolérer un moment. Il fallait ajouter aux textes traditionnels des empêchements de mariage, les dispositions romaines des conciles de 721 et 743, prônées par les Papes et dont le souvenir était gardé dans les lettres de Boniface.

Dans une cinquantaine de textes répartis sans ordre dans les Capitulaires de Benedictus Levita et dans les Fausses Décrétales, compilations du milieu du ix^e siècle, on trouve les dispositions relatives aux empêchements de consanguinité, d'affinité et de parenté spirituelle.

Empêchement de consanguinité.

Parmi les textes désordonnés que nous avons étudiés depuis le concile de Néocésarée jusqu'aux Capitulaires postérieurs à Charlemagne, les réformateurs ont trouvé les éléments d'un système à peu près cohérent. Il n'y a plus désormais de contradiction flagrante entre les différents canons. Le Droit est plus homogène en même temps que plus rigoureux¹².

C'est ainsi que pour éviter les dangers religieux et physiologiques des unions incestueuses, nous savons par Benedictus Levita, que les prêtres des paroisses sont désormais astreints à exercer un sévère contrôle avant tout mariage. Ils doivent rechercher si l'un des époux n'est pas déjà marié ou fiancé, s'ils n'est pas adultère.

10. Les lettres pontificales aux Eglises de Bavière, d'Angleterre, de Gaule, étaient connues. Le droit coutumier était un abus et non l'expression de la discipline romaine. Cf. par exemple cette lettre de Léon aux évêques d'Angleterre de 847-848, ch. 19 : « Ut definitum est a patribus nullus de propria cognatione sibi audeat copulare, a. s. »

11. On ne saurait étudier utilement les textes de BENEDICTUS LEVITA sans recourir aux huit études, malheureusement inachevées d'E. SEKEL : *Studien zu Benedictus Levita*, dans *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, t. 26, 29, 31, 34, 35, 39, 40, 41.

12. Cf. W. VON HORMANN, *op. cit.*, t. II, p. 354.

Et c'est seulement lorsqu'il y aura, de part et d'autre, des garanties de parfaite honnêteté qu'il bénira le mariage ¹³.

Le mariage devenait nécessairement public pour tous les laïques, nobles ou non, ce qu'avait déjà rappelé le concile de Ver de 755 ¹⁴. Benoît le Diacre s'appuie sur l'autorité d'un texte de saint Augustin, et fait appel à deux lois chères aux réformateurs : celle de l'Evangile et celle des Empereurs romains. Et c'est la loi de l'Eglise d'Espagne qui fait la conclusion ¹⁵ :

« Il est écrit dans d'autres canons que personne ne doit prendre femme dans sa parenté aussi loin que le droit des successions la reconnaît. »

Or, la parenté qui fonde un droit de succession s'étend jusqu'au septième degré, et Grégoire II n'a-t-il pas écrit à Boniface ¹⁶ que chaque chrétien doit respecter sa parenté jusqu'à la septième génération et que même, plus généralement, on ne peut épouser une personne avec qui on se reconnaît un lien de parenté.

Mais il est nécessaire de préciser encore cette limite de l'empêchement. Le septième degré est-il lui aussi empêchement, comme à Rome, ou est-il, au contraire, le degré à partir duquel le mariage est permis ? Deux textes nous permettent de conclure que l'empêchement

13. Benedictus Levita, III : « Sancitum est ut publicae nuptiae ab his qui nubere cupiunt fiant : quia soepe in nuptiis clam factis gravia peccata, tam in sponsis aliorum, quam et in propinquis sive adulterinis coniugiis, et, quod peius est dicere, consanguineis aderescent uel accumuluntur. Ex his autem procreari solent coeci, claudi, gibbi et lippi, sive alii turpibus maculis aspersi. »

14. M. G. H., A. BORETIUS, canon 15 : « Ut omnes nomines laici publicas nuptias faciant, tam nobiles quam innobiles. »

15. B. L., I, ch. 310 : « Nuptias prohibemus incestas, id est, usque ad finisatis lineam ; uel quando inter se hereditare potuerint, non coniungantur, quia haec potius incestiva quam coniugia sunt iudicanda. »

16. B. L., II, ch. 80. « Progeniem suam unumquemque usque ad septimam observare decernimus generationem, et quandiu se agnoscunt affinitate propinquos ad huius copulae non accedant societatem. » Cf. M. TANGI *Lettres de Boniface*, M. G. H., texte identifié par E. SEKEL.

ne dépasse pas le sixième degré. Le premier ne fait que rajeunir le texte des Pénitentiels dits théodoriens¹⁷ :

« A la quatrième, à la cinquième et à la sixième proximité de la chair, il n'est pas permis de se marier, selon la loi du Lévitique. »

Le second est emprunté en partie à un concile de Mayence¹⁸ :

« Nous nous opposons également aux mariages faits dans la quatrième, même dans la cinquième et la sixième génération. Que dorénavant nul ne s'unisse ainsi. Si, après ces défenses, on trouve un mariage accompli dans ces limites, qu'on le rompe. »

Mais une question délicate reste à résoudre. Quelle est la computation employée par ces textes ? Est-ce le système romain ou le système germanique ? Deux présomptions sont en faveur du système romain classique. La première est qu'il s'agit certainement du système traditionnel. Or, si les canons 2 et 3 du texte de Compiègne avaient apporté en Gaule le système lombard, nous savons que les Francs avaient persisté à compter la parenté selon les règles traditionnelles de l'Eglise méro-

17. *B. L.*, II, ch. 209. « In quarta propinquitate carnis, quinta, sextaque non licet nubere, sicut in lege scriptum est : *omnis homo ad propinquam sanguinis sui non accedat, ut revelet turpitudinem eius* id est usque septimum, gradum. Legitimum coniugium non licet separari sine consensu amborum, ita tamen ut ambo Deo serviant innupti. Potest autem alter alteri licentiam dare accedere ad servitium Dei, si ipse tamen innuptus uel innupta permanserit. » Le texte disait : « in quarta propinquitate carnis non licet nubere », on a ajouté « quinta sextaque », puis la justification par le *Lévitique* et la conclusion wisigothique et romaine. E. SEKEI.

B. L., II, ch. 130. « Christiani ex propinquitate sui sanguinis usque ad septi : am gradum connubia non ducant, neque sine benedictiones Sacerdotis, qui ante innupti erant, nubere accedant. »

B. L., II, ch. 327. « Ut Christiani ex propinquitate sui sanguinis connubia non ducant nec sine benedictione Sacerdotis nubere audeant. »

18. *B. L.*, I, ch. 166. « Contradicimus, quoque ut in quarta vel quinta sextaque generatione nullus amplius coniugio copuletur. Ubi autem post interdictum factum inventum fuerit separentur. » Concile de Mayence, 813, ch. 54.

vingienne et de Boniface. Ainsi, nous trouvons bien, selon la volonté des réformateurs, une aggravation des règles anciennes : à Mayence, l'empêchement s'étendait au quatrième degré, celui des cousins, ici l'empêchement s'étend jusqu'au sixième, celui des cousins issus de germains. La deuxième présomption est que les réformateurs qui se sont manifestement trouvés en présence des textes wisigothiques auraient été amenés à préciser leur mode de computation s'ils n'avaient pas utilisé celui de ces textes : le mode de computation romain classique ¹⁹.

Un texte postérieur renforce cette argumentation. Le concile de Douzy de 874 dit en effet, formellement, que le système de computation est celui des lois romaines ²⁰ :

« Et l'arbre du Droit de la loi romaine, en concordance avec les lois ecclésiastiques précédentes et suivantes, ne permet à personne une union légale à gauche et à droite. au delà du septième degré (ce qu'il faut comprendre : en deçà du septième degré). »

Or, le texte de Douzy est emprunté pour sa plus grande partie aux Fausses Décrétales ²¹. Les Fausses Décrétales aussi se chargèrent de répondre à la fameuse lettre de Grégoire I^{er} à Augustin, qui restait toujours un argument de poids pour ceux qui s'opposaient à tout essai de réforme. Le Faux-Isidore composa en effet, de toutes pièces, une lettre apocryphe que Félix, évêque de Sicile, aurait écrite à Grégoire le Grand :

« J'ai appris, écrit l'évêque, par des gens qui venaient de Rome, que tu permettais à l'évêque Augustin, dans une

19. Contre J. FREISEN, *op. cit.*, p. 414 et avec R. VON SCHERER, *op. cit.*, p. 30.

20. MANSI, *op. cit.*, t. 17, col. 282 : « Et arbor iuris legis romanae, ecclesiasticis concordans legibus a praecedentibus et subsequentibus, dextra loevaue usque *ultra septimum gradum* neminem nemini legaliter sociari permittit. »

21. Le concile de Douzy utilise manifestement les Fausses Décrétales, en particulier la lettre de Félix, évêque de Messine, à Grégoire le Grand, Cf. SCHRORS, *Hincmar*, p. 544.

lettre envoyée en Angleterre, de ne pas séparer les époux unis au quatrième degré²². Or, à l'époque où nous étions élevés ensemble, il ne nous a pas été donné de lire dans les décrets des Papes, tes prédécesseurs, ou chez les Pères, ou dans la loi, que de telles unions soient permises; il fallait aller jusqu'au septième degré, c'est du moins ce qu'on peut lire « au concile de Nicée et dans d'autres conciles, » conformément à la loi que suivent les hommes religieux » qui craignent le jugement de Dieu²³ ».

Grégoire répondait en posant les principes mêmes que la réforme voulait faire triompher²⁴ :

« La parenté, pour ceux qui sont fidèlement instruits et déjà solidement établis dans la foi, s'étend jusqu'à la septième génération, selon notre conception, et aussi loin qu'il est possible de reconnaître un parent dans sa famille, on ne peut contracter mariage avec lui. Celle que quelqu'un de sa propre parenté a eu comme épouse, ou a souillé d'une union illicite, ne pourra jamais devenir l'épouse d'un chrétien, parce qu'une telle union est incestueuse, abominable à Dieu et aux hommes de bien. »

Cette lettre n'était en somme que le rappel des textes pontificaux par lesquels on avait voulu déjà à l'époque de Boniface, supprimer la coutume germanique des mariages entre cousins. Mais comme on n'y était point parvenu, sous la plume du Faux-Isidore, ces textes demeuraient d'actualité.

22. P. HINSCHIUS, *op. cit.*, p. 747 : « Haec quidem meditantibus, perlatum est ad nos a quibusdam Romam venientibus, vos Augustino, consodali nostro, per venerabilem sanctitatem vestram postmodum episcopo Anglorum genti ordinato et illuc directo atque Anglis scripsisse, quod olim ad fidem conversos per vos cognovimus, ut quarta progenie conjuncti non separentur. Que consuetudo dudum in illis aut istis in partibus, quando una vobiscum infantia nutritus atque edoctus fui, non erat, nec in ullis praecessorum vestrorum decretis aut reliquorum generaliter aut specialiter patrum institutis legi aut hactenus ab ullis sapientibus esse concessum didici, sed semper usque septimum originis sue gradum haec a sanctis antecessoribus vestris... »

23. Cf. J. FREISEN, *op. cit.*, p. 413 et R. VON SCHERER, *op. cit.*, p. 45.

24. P. HINSCHIUS, *op. cit.*, p. 749 : « Nec ea intentione haec illis scripta mandavi, ut postquam firma radice in fide fuerint solidati, si infra propriam consanguinitatem inventi fuerint non separentur aut infra affinitatis lineam, id est, usque ad septimam generationem coniungantur... »

On s'occupa aussi de définir les effets des mariages entre consanguins. On se souvient que cette question s'est compliquée de plus en plus au fur et à mesure que nous nous sommes avancé dans l'histoire de l'empêchement de parenté. La tradition du concile d'Epaone permettait le remariage aux incestueux qui s'étaient séparés : la tradition du concile de Néocésarée l'interdisait. Nous pensons que Benedictus Levita adopta la solution la plus sévère. Au livre II, chapitre 411, il écrit en effet ²⁵ :

« Même s'il n'y a pas d'accusateur, qu'on sépare les coupables, qu'ils soient condamnés à un perpétuel exil, et qu'aussi longtemps qu'ils vivront, ils ne puissent jamais trouver d'excuse dans la longueur du temps. »

Empêchement d'affinité.

Il n'y avait pas à innover dans le cas de l'empêchement d'affinité. Son étendue était devenue définitivement la même que celle de l'empêchement de consanguinité, depuis le concile romain de 721 ²⁶. Le principe en était indiqué dans ce texte que Pépin promulgua au sortir de

25. *B. L.*, II, ch. 411 : « Ut deinceps, sicut canones ecclesiastici prohibent, nullus Deo devotam virginem, nullus sub religionis habitu consistentem, sive viduitatis continentiam professam, uel sui proximam generis, aut etiam de cuius admixtione incestivæ notam possit subire infaniae, in licito connubio aut vi aut concensu accipiat coniugem; quia nec verum poterit esse coniugium quod a meliori proposito deducitur ad deterius, et sub falsi nominis copula incestiva, pollutione et fornicationis immunditia, perpetratur. Hoc vero nefas, si agere amodo cuiuslibet generis homines sexus utriusque tentaverint, insistente Sacerdote uel Iudice, etiamsi nullus accusator sit, omnimodis separati, exsilio perpetuo relegentur; nec aliqua indifinitione sui, quousque vixerint, longitudine temporis excusentur. »

26. Sur ce point auquel VON HORMANN donne une importance excessive, en le faisant venir des Pénitentiels, cf. *Quasi-affinität*, t. II, p. 228 et suiv. et la note de R. GENESTAL sur ESMEIN, 2^e édit., *op. cit.*, p. 416. Le concile romain de 721 admet nettement cette extension de l'affinité et la doctrine ne semble pas nouvelle mais traditionnelle. Les textes rapportés, précisément par M. Robert Genestal, ne peuvent laisser de doute et la théorie de la « Desponsatio » n'était pas de nature, à notre avis, à contrebalancer la conséquence des raisonnements sur l'« unitas carnis ».

l'assemblée de Compiègne et qui retenait le plus clair des dispositions nouvelles de Rome.

L'affinité survenant après le mariage, arrivée à Mayence avec ces textes que nous avons reconnus d'origine byzantine et tirés de la bibliothèque de Chrodegand, est rapportée avec la sanction particulière qui l'accompagne toujours, à savoir l'empêchement définitif de se remarier²⁷. Le cas, en effet, est directement rattaché à celui du concile de Néocésarée qui prévoit que, jusqu'à la mort, les époux demeureront loin des sacrements. Le viatique viendra cependant témoigner que l'Eglise ne s'est pas désintéressée d'eux et veut leur accorder la réconciliation *in extremis*, selon la recommandation des Capitulaires carolingiens²⁸. Dans cette partie du texte de Bénédictus Levita où il est fait un si grand nombre de citations de la Bible, le passage du Lévitique que nous connaissons est rappelé dans une traduction assez différente de celle qu'on rencontre habituellement²⁹ :

« Celui qui a dormi avec sa *noverca*, sa belle-mère, et qui a révélé l'ignominie de son père, devra mourir avec sa complice, que leur sang soit sur eux. »

Le même texte est rappelé ailleurs, mais cité d'après la traduction espagnole.

27. *B. L.*, I, ch. 168 : « Si quis viduam uxorem duxerit, et postea cum filiastra sua fornicatus fuerit, seu duabus sororibus, nupserit aut si qua duobus fratribus nupserit, seu cum patre et filio, tales copulationes anathematizari, nec umquam amplius coniugio copulari, sed sub magna districtione fieri. » Mayence, 813, can. 56.

28. *B. L.*, I, ch. 304, « Ut episcopi incestuosos homines emendent, et magnam diligentiam habeant ex his. seu et de viduis... » Cap. 779, ch. 5, *B. L.*, I, ch. 5, Ad. 4 ; *B. L.*, 124. Le ch. 5 dit : « Ut episcopi de incestuosis hominibus emendandi licentiam habeant ». *B. L.*, III, 132 : « Ut de incestis et criminosis curam gerant Sacerdotes magnam. Similiter de infirmis et poenitentibus, ut morientes sine sacrati olei unctione et reconciliatione atque viatico non transeant... » Capit. de 769, can. 10.

29. *B. L.*, II, ch. 37 : « Qui dormierit cum noverca sua, et revelaverit ignominiam pratri sui, moriantur ambo. Sanguis eorum sit super eos. » *Lévit.*, 20.

La sanction civile, si l'on peut dire, de l'union entre alliés, est détaillée au chapitre 381 du livre III de Benedictus Levita, dans les termes mêmes du canon 2 de Néocésarée ³⁰ :

« La femme qui a épousé les deux frères sera excommuniée jusqu'au jour de sa mort. Mais, par humanité, à la fin de sa vie, elle sera réconciliée, si le mariage a été dissous, si elle est demeurée dans la continence, et si le mari a, comme sa femme, accompli sa pénitence. »

Le même chapitre que nous venons de citer rappelle aussi l'hypothèse inverse ³¹ :

« Si deux frères se sont unis avec une même femme, à l'insu l'un de l'autre, celui qui aura cette femme comme épouse légitime, dès qu'il connaîtra l'adultère, devra la renvoyer, et le mari, après sa pénitence, et après la mort de son épouse, pourra épouser une nouvelle femme. De son vivant, il ne le pourra pas. Mais, cette femme ne pourra jamais plus se remarier et, soumise à sa pénitence, elle ne pourra recevoir la communion qu'à la fin de sa vie. »

Or, ce texte nous est bien connu, sinon dans son expression même, du moins dans une forme très voisine : c'est le canon 10 du texte de Compiègne, qui disait que ³² :

« Si une femme mariée a trompé son mari avec le propre frère de ce dernier, le mari pourra la renvoyer et en

Ce qui était aussi l'hypothèse et la forme des canons prendre une autre. »

30. *B. L.*, III, ch. 381 : « Mulier quae duobus fratribus nupserit, abici debet usque ad diem mortis. Sed propter humanitatem, in extremis suis sacramentis reconciliari oportet; ita tamen ut prius solvatur coniugium, et maneat innupta, et vir eius absque uxore simili poenitentiae sit subditus. »

31. *B. L.*, III, chap. 381 : « Quod si duo fratres cum una femina fornicati fuerint, nescientes alter alterius fornicationem, statim ut cognoverint adulterium, qui eam habet uxorem dimittat. Et ille quidem, post actam poenitentiam, si uxor defuncta fuerit, potest alteri sociari; illa vivente, nequaquam. Illa vero nunquam ulterius poterit in coniugium assumi; et iugi poenitentiae submissa, ad exitum vitae communionis gratiam percipiat. »

32. A. BORETIUS, *op. cit.*, t. I, p. 45.

du concile de Mayence relatifs à l'*affinitas superveniens*, mais pour un cas un peu différent qui entraînait une sanction différente. Alors que le texte de Compiègne permettait pour l'époux non coupable la validité d'un remariage, que le conjoint fût vivant ou mort, Benedictus Levita, en envisageant le cas d'une union illégitime antérieure au mariage, n'accepte cette faveur qu'après la mort du conjoint coupable. La femme, qui ne pouvait ignorer son inceste, conformément à la règle traditionnelle, tombera sous le joug de la pénitence et ne recevra les sacrements qu'à la fin de sa vie.

On peut remarquer que les Faux Capitulaires comme les Fausses Décrétales, prenant à leur compte les principes du Droit wisigothique, prescrivent avec une très grande rigueur le principe de l'indissolubilité du mariage. Même dans le cas où l'époux outragé renvoie la femme adultère, comme il semble autorisé à le faire par le texte même de l'Evangile, il ne peut contracter un nouveau mariage du vivant de son conjoint³³. Ce fut la destinée des textes de Compiègne et de Verberie de pénétrer dans le Droit canonique, épurés et modifiés, pour répandre une discipline réformatrice, après avoir paru inacceptables aux autorités laïques et religieuses de Compiègne en 757. C'est, en effet, d'eux encore que Benedictus Levita tirera le plus formel de ses textes sur la parenté spirituelle.

Empêchement de parenté spirituelle.

Dès les premiers chapitres du livre I, Benedictus Levita rappelle cet empêchement de parenté spirituelle³⁴ :

33. C'est la victoire de l'Eglise latine, surtout depuis Augustin.

34. *B. L.*, I., ch. 7 : « Si quis filiastrum aut filiastram suam ante episcopum ad confirmationem tenuerit, separetur ab uxore sua, et alteram non accipiat. Similiter et mulier alterum non accipiat. » (Gregogius consentit.) Canon 15 du concile de Compiègne. Texte donné par E. BALUZE pour le Capitulaire de 757.

« Si quelqu'un a tenu sa belle-fille ou son beau-fils (enfant de sa femme né d'un mariage antérieur) à la confirmation, qu'il soit séparé de sa femme et demeure dans la continence. »

« Si un homme a commis l'inceste avec une femme consacrée à Dieu, avec sa mère ou avec sa marraine... qu'il soit excommunié ³⁵. »

Un autre texte qui emprunte un chapitre du Capitulaire de Pépin publié à Compiègne et que complète le canon 55 du concile de Mayence, condamne à nouveau cette union ³⁶ :

« Que personne ne soit parrain de son fils ou de sa fille. On ne peut épouser sa filleule ou sa commère, ni celui ou celle qu'on a tenu à la confirmation. Si quelqu'un le fait, que les époux soient séparés. »

Benedictus ne va pas au delà de l'empêchement de parenté spirituelle, et se limite même aux cas de mariages entre parrains et filleules, marraines et filleuls, compères et commères. On se souvient qu'en Orient et chez les Lombards, l'empêchement s'étendait à tous les parents du compère, de la commère et du filleul.

35. *B. L.*, I, ch. IX : « Si homo incestum commiserit cum Deo sacrata, aut cum matre sua, aut cum matrina sua de fonte aut confirmatione aut cum matre et filia, cum duabus sororibus, aut cum matris filia, aut cum sororis filia, aut cum nepta, aut cum consobrina, aut subrina aut cum amita uel matertera, aut cum his quibus canones prohibent copulari, de istis criminibus pecuniam suam perdat, si habuerit. Et si haec emendare noluerit, nullus eum recipiat, nec cibum donet. Et si fecerit, sexaginta solidos Domno Regi componat, usque dum ipse homo se corexerit.

Et si pecuniam non habuerit, si liber est, mittatur in carcerem usque satisfactionem. Si autem servus aut libertus est vapuletur plagis multis. Et si dominus suus eum permiserit amplius in talem lapsum cadere, ipse LX solidos Domno Regi componat. De reliquis uero propinquis unita constituta sanctorum Patrum et iuta decreta canonum iudicetur. » Ch. I décrét. de Pépin, 757; Réforme de Pépin, 757.

36. *B. L.*, I, ch. 167 : « Nullus igitur proprium filium uel filiam de fonte baptismatis suscipiat, nec filiolum, nec commatrem ducat uxorem, nec illam cuius filium uel filiam ad confirmationem tenuerit. Ubi autem factum fuerit, separentur. » Mayence, 813, canon 55. « Filiola » désigne évidemment la filleule. La même défense est répétée deux fois. L'origine du mot est, comme celle de « filiulus », dans les textes de Saint Jean. Il va désigner de plus en plus souvent, à partir de cette époque, en France, la filiation spirituelle.

La police des incestueux.

Un point sur lequel les réformateurs ont particulièrement insisté est celui de la police des incestueux.

Benedictus Levita nous montre que leur situation était déplorable. Malgré le fatras des textes qui les concernaient ³⁷, ils étaient, en pratique, abandonnés par l'Eglise qui les écartait définitivement de sa communion et de sa prière. Or, à Néocésarée même, dans la rigueur du vieux Droit, on avait admis pour eux, à l'article de la mort, la consolation salutaire du Saint Viatique. Devait-on se montrer plus sévère ?

Benedictus rappelle les textes de Charlemagne, concernant les incestueux qui avaient accepté la séparation ³⁸ :

« Que les évêques corrigent les incestueux, qu'ils aient grand soin d'eux ainsi que des veuves qui sont dans leurs diocèses. »

Il y avait là, on l'imagine, une discipline particulièrement délicate, dont le respect réclamait une attention constante.

D'ailleurs, avant de procéder à la séparation, il fallait pratiquer un contrôle méthodique ³⁹, conformément aux

37. Il y en a plus de cinquante.

38. *B. L.*, I, ch. 165, canon 165 : « Ut episcopi incestuosos puriter investigare studeant omnino præcipimus. Et si poenitere noluerint, de Ecclesia expellantur donec poenitentiam revertantur. » Concile de Mayence, 813, can. 53.

B. L., II, ch. 106 : « Ut de incestis et criminosis magnam curam habeant. Sacerdotes, ne in suis pereant sceleribus et animae eorum a districto Iudice Christo eis requirantur similiter de infirmis ac poenitentibus, ut morientes sine reconciliatione et viatico non deficiant. » Capitulaire de 769, ch. 10.

B. L., III, ch. 258 : « Ut incestum nullus sibi umquam societ coniugium. Quod si contigerit, ab Episcopo loci illius separentur, et publicam septem annorum iuxta canonicos gradus ambo agant poenitentiam. Qui autem hoc agere noluerit, ab omnibus ut anathema habeatur. »

39. *B. L.*, I, ch. 91 : « De incestuosos, ut canonicè examinentur, et nec propter alicuius amicitiam quidam relaxentur, quidam vero constringantur. » Capitulaire de l'année 805, ch. 16. Il se trouve dans ANSEGLISE, I, 3, mais il est pris dans le Capitulaire.

canons, et si les époux niaient leur faute, il fallait rechercher des témoins dignes de foi ⁴⁰.

Benedictus recommande que le peuple soit fidèlement informé des règles de la défense. L'évêque est responsable de son ignorance en même temps qu'il est le juge de toutes ces matières ; c'est à lui qu'il appartient d'instruire, de rechercher, et de punir. Le pouvoir séculier ne pourra intervenir qu'après son échec.

Enfin, Benedictus Levita condamne formellement la pratique odieuse qui consiste à obtenir des gages de la part des incestueux ⁴¹. Le texte du Capitulaire de 757, en cela encore, fidèle imitateur des Lombards, avait, en effet, prévu une amende de 60 solidi payable au profit du fisc royal par l'époux qui refusait de se séparer de sa femme. Les comtes qui percevaient ces sommes, devançaient sur ce point l'action du clergé et s'opposaient à toute réforme. Le concile de Chalon avait pourtant, on s'en souvient, nettement proscrit cet usage au canon 18 ⁴². Après Benedictus Levita, il est définitivement interdit.

40. *B. L.*, II, ch. 289 : « Volumus, et ita missis nostris mandare praecipimus, ut in Ecclesiis libri canonici veracés habeantur, sicut iam in alio Capitulari saepius mandavimus. »

B. L., III, ch. 377 : « De incestis omni studio perquirendum est Sacerdotibus per homines veraces, et timorem Dei ante oculos habentes. Et si reperti fuerint, statim aut per se emendare studeant, aut cum adiutorio Archidiaconi sui vel Episcopi hoc ipsum extirpare satagant; ne tanto flagitio et scelere et illi polluantur et pereant, et alii in eorum vicinitate omnipotentis Dei iram incurrant. »

B. L., II, ch. 191 : « Adnuntiet unusquisque Presbyterosum publice plebi ab illicitis connubiis abstinere, et secundum Domini mandatum legitimum coniugium nequaquam posse ulla occasione separari, excepta causa fornicationis, nisi consensu amborum et, hoc propter servitium Dei. »

41. *B. L.*, I, ch. 274 : « Dictum est nobis quod in quibusdam locis Episcopi et Comites ab incestuosos et ab his qui decimas non dant, vuidios accipiant, et a Presbyteris quibusdam pro neglegentiis inter se pecuniam dividant quod penitus abolendum decrevimus, ne forte avaritiae locus detur. Et constituimus ut incestuosi, iuxta canonicam sententiam, poenitentia mulectentur. » Concile de Chalon 813, canon 18.

42. Cf. *L. L.* III, ch. VIII. p. 226.

La sanction pénale de l'inceste.

La sanction pénale de l'inceste ne fut pas oubliée par Benedictus Levita ; toutes les sources auxquelles il puisait lui en rappelaient le souvenir, que ce soit le Lévitique⁴³, le Code théodosien, les décrets mérovingiens ou la loi des Wisigoths.

Les amendes sont rappelées par le texte du Capitulaire du roi Pépin. Les peines ecclésiastiques sont précisées d'après le texte du concile de Ver⁴⁴. Benedictus ajoute l'excommunication de quiconque ne se plie pas à la règle des canons⁴⁵.

« Nous recommandons d'excommunier quiconque manque aux définitions des canons. »

Un texte de Léon va même rappeler aux incestueux qu'ils ne peuvent user de tous les droits des chrétiens demeurés dans la voie droite⁴⁶ :

43. Cf. la note 28 du même chapitre.

44. *B. L.*, I, ch. 62 : «... Quicumque clericus uel laicus aut femina incestum commiserit, et ab Episcopo suo correptus se emendare noluerit, et ab ipso excommunicatus fuerit, qui postea cum ipso communicaverit, similiter excommunicetur... » Canon 4 du concile de Ver, de 755.

45. *B. L.*, III, ch. 17 : « Transgredientem Canonum definitionem excommunicatum esse praecipimus. » Concile de Chalcédoine, canon 4, concile de Paris, canon 6.

46. *B. L.*, III, ch. 61 : « Oportet, qui pro illicitis veniam poscit, etiam a multis licitis abstinere. » Léon, I, canon 22.

B. L., II, ch. 409 : « Si quis sine gradu se in incestuoso ordine cum his personis quibus a divinis regulis prohibitum est, coniunxerit, usquequo poenitentiam sequestratione testentur, utrique communione priverentur, et neque in palatio habere militiam, neque in foro agendarum causarum licentiam habebunt. Nam eorum qui modo praedicto se incesto coniunxerint, Episcopi seu Presbyteri in quorum dioecesi uel pago actum fuerit, Regi uel Iudicibus scelus perpetratum adnuntient; ut cum ipsis denuntiatum fuerit, se ab eorum communione aut cohabitatione sequestrent. Res autem eorum ad primos parentes usque ad sequestrationem perveniant, sub ea conditione, ut antequam segregentur, per nullum ingenium neque per parentes, neque per emptionem, neque per auctoritatem regiam ad proprias perveniant facultates, nisi praefatum scelus sequestrationis separatione et poenitentia fateantur. » *B. L.*, III, ch. 335; Paul, livre II, *Sent.*, concile de Reims, 630, canon 8.

B. L., II, ch. 410 : « Quod incestis non sint legitimi heredes, sed infamia sint notatae, utraque personae. », livre IV, *Code. th.*, « De incest. nupt. »

« Il faut que ceux qui demandent à l'Eglise le pardon de leur mariage incestueux s'abstiennent même de ce qui est permis aux chrétiens. »

En résumé, les trois points les plus importants de la réforme de Benedictus Levita en matière d'empêchement de mariage sont les suivants :

- 1° Adaptation des textes francs à la discipline romaine pontificale, par l'extension de l'empêchement, au septième degré de computation romaine ;
 - 2° Rappel particulièrement insistant des règles relatives à la police des incestueux ;
 - 3° Suppression définitive du droit de remariage que d'anciens textes permettaient encore.
-

CHAPITRE XI

INFLUENCE DES FAUSSES DÉCRÉTALES SUR LA LÉGISLATION CANONIQUE FRANQUE

Nous avons étudié précédemment le programme des auteurs des Fausses Décrétales. Fut-il exécuté ? Influença-t-il le Droit canonique qui le suivit ? Il est difficile de répondre à ces questions auxquelles bien des historiens se sont heurtés. Nous croyons pourtant, dans le cas particulier de l'empêchement de parenté, pouvoir arriver à une solution.

A. Influence sur la législation des évêques,

Si nous recherchons d'abord, dans les *capitula* d'évêques, nous constatons qu'Isaac de Langres fut le premier à donner aux Fausses Décrétales la confiance qu'elles conserveront jusqu'au XVIII^e siècle. Des chapitres I, II et III de Benedictus Levita, cet évêque se permit d'extraire les éléments d'une longue série de canons dont il n'est pas un trait qui ne soit la reproduction intégrale de son modèle.

Au contraire, les textes de l'évêque de Tours, Hérard, présentent plus d'intérêt. Il insiste, en particulier, sur la compétence épiscopale, dans des chapitres qu'il emprunte à Benedictus Levita en même temps qu'au concile de Chalon.

L'incestueux sera jugé par les prêtres selon la gravité

de la faute, sans qu'il soit fait exception de personne ; et en temps utile, les délits publics seront portés à la connaissance de l'évêque ¹.

L'incestueux ne sera plus contraint par des gages, mais sera soumis à la seule sanction ecclésiastique, soit qu'il ait encouru la peine capitale du chrétien, l'excommunication, soit qu'il ait obéi aux injonctions et qu'il ne doive plus faire qu'un temps de pénitence ².

L'étendue de la prohibition demeure celle qu'ont publiée les Fausses Décrétales. Au cinquième, au sixième et jusqu'au septième degré, on doit respecter sa parenté. Le texte parle de *progenies*, mais, malgré le nom, il est impossible de dire s'il s'agit du comput barbare ou du comput romain ³.

Un dernier trait des *capitula* d'Hérard nous rappelle le cas qui avait mis Boniface dans un grand embarras, quand, après avoir marié un filleul avec sa marraine, il fut repris par son entourage et dut demander à Rome des explications complémentaires sur les empêchements de mariage. Cette faute, dit le chapitre 66, est une faute grave et mérite, à ce titre, une condamnation à l'exil ⁴.

1. Cf. E. BALUZE, *Capitularia regum francorum*, t. I, col. Capitula Herardi archiepiscopus turonensis, ch. 42 : « Ut incestuosus... non constringantur per guardios uel sacramenta, sed ecclesiastice corrigantur. »

2. E. BALUZE, *op. cit.*, t. I, col. 1288. Capitula Herardi, ch. 14 : « Ut incesta omnia, iuxta modum culpae absque exceptione personae a presbyteris iudicentur, et ut tempore opportuno publica crimina ad notitiam episcoporum deducantur, maximeque in die magno Cenae reconciliandi, uel adhuc suspendendi, per proprium Presbyterum, uel per legatum ipsius eundemque Presbyterum, cui causa ipsius criminis bene habeatur cognita, ad praesentiam Episcopi deferentur; ne anima fratris, negligentia uel otio sacerdotis, absque reconciliatione permanens eius periculo pereat. »

3. E. BALUZE, *loc. cit.*, t. I, 1290. Capitula Herardi, ch. 36 : « De in quinta uel sexta generatione copuletur coniugio et usque ad septimam generatio nem progenies observetur. »

4. E. BALUZE, *op. cit.*, t. I, col. 1292. Capitularia Herardi, ch. 66 : « Quod coniunctio spiritalis commatris maxime sit peccatum et capite uel exilio dammandum. »

B. Influence sur la législation des Pénitentiels.

Dans le fatras des collections de Pénitentiels, on retrouve aussi maints chapitres marqués nettement de l'influence des Fausses Décrétales.

Le Pénitentiel de Martène établit la mise au point des textes en contradiction avec Benedictus Levita, puis définit à nouveau la limite de l'empêchement de parenté : le septième degré. Les textes du Droit romain sont invoqués pour en donner la définition précise, et une fois de plus, Isidore sert d'intermédiaire entre les Pénitentiels et le Droit savant⁵. L'empêchement de remariage y est admis sans discussion ; le texte d'Epaone est modifié ; d'un mot, tout espoir est enlevé aux incestueux⁶ : « *interdicitur eundi melioris coniugii libertatem* ». Pour les autres mesures, on rappelle les textes les plus couramment en usage, ceux des conciles romains de 721 et

5. Cf. F. W. H. WASSERSCHLEBEN, *op. cit.*, p. 288, Le pénitentiel de Martène, canon 29 : « Beatus Eysdorus de consanguinitate sic loquitur : cuius series VII gradibus dirimetur hoc modo : I filius et filia, II nepos et neptis, III pronepos et proneptis, IV abnepos et abneptis, V adnepos, adneptis, VI trinepos et trineptis, VII trinepos filius et trineptis filia. Haec consanguinitas, dum se paulatim propaginem ordinibus dirimens usque ad ultimum gradum sese subtraxerat et propinquitas esse desierat, eam rursus lex matrimonii vinculo repetit et quodam modo revocat fugientem. Ideo autem usque ad sextum generis gradum consanguinitas constituta est, ut sicut sex aetatibus mundi generatio et hominis status finitur, ita propinquitas generis tot gradibus terminaretur. Huc usque Eysdori procedit sententia. » VON HÖRMANN pense que ce texte a été composé à Orléans sous l'influence des œuvres d'Isidore de Séville.

6. Cf. F. W. H. WASSERSCHLEBEN, *op. cit.*, p. 288, Le pénitentiel de Martène, Can. Apoensens, 26 : « Incestis coniunctionibus nihil prorsus venise reservamus, nisi cum adulterium separatione sanaverint. Incestus vero nec ullo coniugum praevalendus, praeter illos quos nominare funestum est, hos esse censemus. Si quis relictam fratris, quae pene prius soror extiterat, carnali coniunctione violaverit, si quis frater germanus sorores accipiat, si quis novercam duxerit, si quis consobrinae se societ, quod ut a presente tempore prohibemus, ita ea quae sunt antierius non solvimus, si quis relictae avunculi misceratur aut patruï aut privignae, i. e. philastria concubitu polluat. Sine quibus coniunctio illicita habeatur, interdicitur eundi melioris coniugii libertatem. » La dernière partie du texte n'est pas celle du concile d'Epaone, qui permettait le remariage.. Cf. F. W. H. WASSERSCHLEBEN, *op. cit.*, p. 561 ; Poenit. Valicellan, II, canon XXXI : « Mulier si duobus, fratribus nupserit, abiicienda est, si separaverint se a coniunctione usque ad mortem agat penitentiam. »

de 743, plus complets que les Fausses Décrétales et si fréquemment évoqués dans les lettres pontificales.

En un mot, soit qu'il s'agisse de l'influence directe des Fausses Décrétales, soit qu'il s'agisse de l'effet pur et simple des lettres des Papes, on romanise de plus en plus.

C. Influence sur la législation conciliaire.

Une autre branche de la législation canonique adopta, à son tour, les décisions des Fausses Décrétales. Les conciles avaient perdu l'importance qu'ils avaient au temps de Charlemagne ; ils n'étaient plus que l'occasion de remettre en lumière une série de textes déjà connus que répétaient dans un latin de plus en plus barbare des gens de moins en moins préoccupés de l'intégrité de la vie chrétienne.

Le concile de Douzy de 874 ne fait pas exception. Sur le chapitre de l'inceste, la lettre de Félix à Grégoire est le fondement de la prohibition. Comme il n'y était pas exprimé clairement de quel degré de computation il s'agissait, on rappelle que l'arbre dont il faut tenir compte est celui de la loi romaine, en parfaite concordance avec les lois ecclésiastiques ⁷.

7. MANSI, *ampl. col.*, t. 17, col. 218 et suiv., Le concile de Douzy de 874. On sait qu'en Aquitaine, il se fait des mariages incestueux. On invoque pour justifier ces unions la lettre de Grégoire I. Le concile rappelle alors la lettre : « Necessè est ut iam tertia uel quarta generatio fidelium licenter sibi iungi debeat... Cum noverca autem misceri grave est facinus, quia et in lege scriptum est : turpitudinem patris tui non revelabis... Cum cognata quoque misceri prohibitum est. Quia per coniunctionem priorem caro facta tris fuerat facta... Omnes autem qui ad fidem veniunt, admonendi sunt ne tale aliquid audeant perpetrare : si qui autem perpetraverint, corporis et sanguinis christi communionem privandi sunt... Sed non est mirum, si iuxta beati apostolici vocem indocti et instabiles hæc intellectu perverso depravant, sicut et ceteras scripturas, ad suam ipsorum perditionem... Sed et de his, qui talium doctrinam potius, quam veritatem sequi ad suam salutem diligunt, egregius prædicator dicit : erit tempus, cum sanam doctrinam non substinebunt : sed ad sua desideria coarcebunt sibi magistros prurientes auribus. » Saint Grégoire s'est expliqué sur cette lettre avec Félix

Le concile de Cologne de 887 se plaint de l'inobservance, en ce pays, des règles de la discipline canonique, et il rappelle les décisions essentielles. Au canon 6, le concile d'Agde, qui n'est autre que celui d'Epaone, est invoqué avec celui d'Elvire comme fondement de la prohibition. C'est le concile de Tolède qui précise l'étendue et l'importance de la juridiction épiscopale ainsi que la peine originale que nous avons déjà rappelée : l'internement du coupable dans un monastère⁸.

Le concile de Tribur de 895 marque la fin des conciles carolingiens avec les cinq canons qu'il consacre à l'empêchement de parenté.

Le premier restreint la rigueur des conciles relatifs à l'*affinitas superveniens*. Le texte de Verberie avait prévu le cas de celle qui s'unit successivement avec le père et

de Sicile, dans les Fausses Décrétales. Le texte de la lettre est alors rappelé. Il ne s'agit là que d'un traitement de faveur. La règle posée par Grégoire le Grand est celle-ci : « Progeniem uero suam unumquemque de his qui fideliter edocti et iam firma radice plantati stant inconvulsi, usque ad septimam observare decernimus generationem... » On invoque alors la théorie de saint Augustin d'après le texte d'Isidore de Séville. Puis on observe : « Et arbor iuris legis Romanae, ecclesiasticis concordans legibus, a praecedentibus et subsequenlibus, dextra laevaue, usque ultra septimum gradum neminem, nemini legaliter sociari permittit. » Le texte fait ensuite un rappel des canons romains de 721, du concile d'Elvire, du concile de Tolède, du concile d'Agde, du concile d'Epaone, et d'une lettre de Sirice à Himère de Tarragone.

8. MANSI, , *op. cit.*, t. 18, col. 46, concile de Cologne de 887, canon 6 : « De incestis autem coniunctionibus, unde multimodis fines regionis nostrae circumquaque, instigante diabolo polluuntur, secundum Agathense concilium capite sexagesimo primo, nihil prorsus veniae reservamus, nisi cum adulterium separatione sanaverint. Ex concilio Herdensi capite quarto, de his qui se incesti pollutione commaculant, placuit quousque in ipso detestando et illicito carnis contubernio perseverent, usque ad missam tantum cathechumenorum in ecclesia admittantur, cum quibus etiam nec cibum sumere ulli christianorum, sicut apostolus voluit, oportet. Quodsi conventi et ad poenitentiae remedia convolvaverint, seque sacramento constringerint, ulterius tam nefanda et prorsus abominanda pollutione non esse polluentes; iterumque ad recidiva malitiae et vitae pristinae sordes relapsi fuerint, ab episcopo civitatis comprehensi, sicut in concilio Toletano capite septimo reperitur in cuius territorio sunt, rursum legibus poenitentiae in monasteriis subdantur inviti. Quodsi facere per aliquem potestatis vigorem difficile fuerit, tunc sicuti priscorum canonum statuerunt decreta, quousque iterum resipuerunt, excommunicati et anathemate condemnati habeantur : sed et hi, qui post excommunicationem vel interdictum, cum eis communicaverint. »

le fils et avait décidé qu'elle ne pouvait plus, dès lors, contracter un mariage valable. Le concile de Tribur déclare que si, sous serment, le coupable affirme avoir ignoré les relations de son père avec cette femme, il sera autorisé à se marier⁹.

Le second canon vise la femme coupable d'une double union avec deux personnes parentes. On lui reproche précisément de ne pas avoir averti le second des deux parents de l'inceste qui le menaçait, et elle se voit punie de peines particulièrement sévères. Le texte prévoit un châtiment spécial qu'il désigne sous le nom de *condigna castigatio*. S'il y avait mariage, les époux seront séparés, selon le canon 2 de Néocésarée, mais le mariage ne sera pas déclaré nul. Les époux devront demeurer dans la continence, et quelle que soit la bonne foi qu'ils allègueront, ils ne seront pas facilement entendus¹⁰ :

« Qu'il s'agisse de deux sœurs qui épousent le même homme ou de deux frères qui épousent la même femme. »

9. MANSI, *op. cit.*, t. 18, col. 158, concile de Tribur de 896, canon 34 : « Si quis cum qualibet fornicatus fuerit, et eo nesciente, filius eius uel frater eiusdem rei inscius, cum eadem polluerit, et post quam se pollutum esse cognoverit, confessus fuerit et hoc se nescire cum iuramento confirmaverit, quia hoc poenituit et confessus fuit, post peractam congruam poenitentiam, legitimo utatur matrimonio, ne iterum mordente crudilissima libidinis bestia saucietur, et in voragine fornicationis incidere videatur. Nam et ut Hieronymus ait, ferreas mentes domat libido. Mulier uero quae tantum nepos commiserat, ulterius poeniteat, atque continens et innupta permaneat. » On peut remarquer que dans ce texte il ne s'agit pas d'*affinitas superveniens*. Cf. concile de Compiègne, can. II.

10. MANSI, *op. cit.*, t. 18, col. 153, concile de Tribur de 895, canon 44 : « Si quis cum aliqua crimen fornicationis fecerit et frater eius, eiusdem sceleris ignarus, duxerit illam uxorem, frater qui prior per fornicationem polluerat illam, quia non indicavit fratri uxorem ducenti, praedura arceatur poenitentia et condigna castigatio. *Qua peracta, si continens esse non possit, indulgentia subvenietur*: ne libidini prosternatur, quatenus legitimo consoletur matrimonio. De muliere vero sancimus, sicut de eo in Neocaesariensis sancto concilio definitum legimus capite secundo : Mulier, si duobus fratribus nupserit, abiiciatur usque ad mortem. Verumtamen in exitu propter misericordiam fructum poenitentiae consequatur, si promiserit, quod facta incolumis, huius coniunctionis vincla dissolvat. quod si defecerit mulier aut vir in talibus nuptiis, difficilis erit poenitentia in vita permanenti. Episcopus vero potestatem habeat secundum conversationem ipsius, aut adicere negligenti, aut minuere poenitenti. *Tamen ulterius continens et aviro disiuncta permaneat.* »

Le quatrième texte du concile de Tribur relatif aux empêchements de mariage vise l'empêchement de parenté spirituelle. On est un peu étonné de le voir là, purement et simplement rejeté de la liste des empêchements, témoignage de la difficulté que les canonistes de cette époque rencontraient dans les exercices juridiques exigeant un peu de subtilité ¹¹ :

« Pourquoi ne pourraient pas s'unir entre eux ceux qui ne sont liés par aucune parenté réelle, mais uniquement par la parenté spirituelle ¹² ? »

Le dernier canon de cette curieuse série dira naïvement qu'il n'a rien voulu introduire de nouveau, mais conserver ce qui est traditionnel en matière de Droit canonique. Mais, sans doute parce qu'une inquiétude lui reste au sujet de l'empêchement de parenté spirituelle, il déclare que si, par hasard, on venait à épouser sa parente par le baptême, à savoir, la fille de sa marraine, il n'y aurait pas lieu de s'en inquiéter ; le seul devoir serait de donner tous ses soins à son mariage.

*
**

11. MANSI, *op. cit.*, t. 18, col. 897, concile de Tribur de 895, canon 45 : « Simili modo secundum sanctos canones diffinimus et iudicamus de eo, qui cum duabus sororibus fecerit pollutus, ut usque in exitum vitae poenitens et continens permaneat. soror autem, quae posterior libidinis perforata aculeis, scienter se cum eodem commaculaverit, usque in finem vitae poenitens et continens perduret. Si autem improvire contingit condigna stringatur castigatione et si velit, *legitima ulatur viri coniunctione*. »

Ibid., t. 18, col. 154, concile de Tribur de 895, canon 47 : « Qui spiritalem habet compatrem, cuius filium de lavacro sacri fontis accepit et eius uxor commater non est, liceat ei, defuncto compatre suo, eius viduam ducere in uxorem, si nullam habent consanguinitatis propinquitatem. Quid enim ? numquid non possunt coniungi, quos nulla proximitas carnalis vel in id generatio secernit spiritualis. »

12. MANSI, *op. cit.*, t. 18, col. 154, concile de Tribur, de 895, canon 48 : « Illud etiam nec canonica institutione diffinimus, nec introductione aliqua reputamus : sed propter eos qui diverse de eo sentiunt, hoc loco aliquid commemoramus. Si quis suae spiritualis commatris filiam fortuito et ita contingente rerum casu, in coniugium duxerit, consilio maturiori servato habeat, atque honest legitimo coniugio operam det. »

A vrai dire, après les Fausses Décrétales, l'histoire de l'empêchement que nous étudions dans les trois cas de consanguinité, d'affinité et de parenté spirituelle est achevée. Tous les principes qui désormais seront à la base de l'intervention de l'Eglise dans la répression de l'inceste sont posés. Ils se sont dégagés au contact de la barbarie avec la Rome impériale et la Rome pontificale. L'extension de la défense est fixée à la septième génération. La théorie de l'unité de chair a définitivement assimilé et incorporé l'affinité à la consanguinité. La parenté spirituelle conserve dans les canons son parfum byzantin ; ne dit-on pas à Rome aussi, qu'elle est d'une nature supérieure à la parenté par le sang, dans sa forme de régénération par le feu et l'eau ??

L'épreuve du temps manquait encore.

Elle vint. C'est à peine si la main érudite d'un moine ou d'un évêque put retenir un temps de l'oubli ces textes que menaçait l'indolence des clercs et des laïques. On retomba de nouveau dans une longue période de confusion doctrinale, de relâchement des mœurs et d'anarchie disciplinaire.

CONCLUSION.

L'histoire dont nous venons de suivre les étapes dans les pages précédentes, peut se résumer brièvement. Il y eut, à l'origine de l'Eglise, pour réglementer les empêchements de mariages, une coutume traditionnelle dont les Empereurs chrétiens firent une loi écrite. La chute du pouvoir civil, après les invasions barbares, laissa à l'Eglise la charge d'obtenir l'application des règles anciennes qui ne triomphèrent que le jour où la Rome pontificale reprit à la tête des Eglises la place que l'Empereur avait eu autrefois à la tête de l'Empire.

*
**

La première période de cette histoire n'a laissé que peu de témoignages des dispositions admises par les communautés chrétiennes en matière d'empêchements de mariages. A défaut d'un enseignement positif du Christ, le Décret apostolique décida que le Droit mosaïque enseigné dans les synagogues de la Diaspora devait servir de fondement à la prohibition de l'inceste. Au point de vue doctrinal, la défense trouva sa justification dans le principe de l'*unitas carnis* qui fut généralement admis dans l'Eglise. Nous le trouvons invoqué pour la première fois au canon 61 du concile d'Elvire qui défend le mariage avec la belle-sœur.

Mais ce principe ne devait pas, en un jour, développer toutes ses conséquences et étendre l'empêchement à toute

la famille du conjoint. Il se heurtait, en effet, à une institution du Droit juif qui voulait qu'un frère épouse la femme de son frère décédé sans postérité. Cette règle que le Christ n'avait pas formellement condamnée, était invoquée par les Chrétiens pour justifier des mariages défendus selon le principe de l'*unitas carnis*.

Le concile de Néocésarée trancha le conflit en condamnant le lévirat et le Pape Sirice, vers l'an 400 établit la règle de l'Eglise d'Occident, en décidant que les exemples de la Genèse et les règles du Lévitique ne pourraient plus justifier les mariages successifs d'une même femme avec les deux frères, ni le mariage avec la femme d'un parent collatéral.

Le principe spécifiquement chrétien de l'*unitas carnis* était définitivement considéré dans l'Eglise, comme la règle fondamentale de la matière.

L'empêchement de consanguinité n'avait pas nécessité jusqu'alors d'intervention positive de l'Eglise : les mœurs étaient conformes au Droit romain et ne choquaient pas la pudeur chrétienne. Saint Augustin nous apprend même que les mariages ne se contractaient pas au quatrième degré de parenté alors qu'ils étaient permis par le Droit.

A la conversion de Constantin, les évêques n'eurent rien à ajouter à la législation romaine païenne relative à l'empêchement de consanguinité, après l'abrogation du sénatus-consulte de l'Empereur Claude. Ils modifièrent, au contraire, profondément, les règles de l'affinité, en étendant les défenses aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs.

*
**

La seconde étape de l'histoire des empêchements de parenté, est marquée par une règle nouvelle, née de la rencontre d'un texte général du Lévitique défendant le

mariage entre parents, avec un texte du jurisconsulte Paul définissant la parenté. L'Eglise de Tolède fut la première à la promulguer, en défendant les mariages entre parents jusqu'au septième degré. La conclusion s'imposait avec une telle rigueur, et était si bien en accord avec la pudeur chrétienne, que, dès 721, Rome admit la triple règle de l'empêchement de mariage :

1° Avec une parente par le sang jusqu'au septième degré ;

2° Avec une alliée, dans les mêmes degrés ;

3° Avec l'alliée d'un allié.

*
**

Le fait important de la troisième période qui commence avec ce concile de 721, est le développement de l'autorité pontificale qui réussit à imposer aux Lombards, puis, aux Germains, et, enfin, aux Francs, l'ensemble de ses canons qui réglementait la matière.

Seuls, les Francs résistèrent un temps, plus par opportunisme, que par une opposition décidée à l'égard de Rome, si bien que le triomphe des idées pontificales ne put se faire qu'indirectement par une réforme de faussaires qui donnèrent aux textes pontificaux et lombards un caractère législatif franc. Certains de ces textes représentent un trait original des courants canoniques de l'époque ; ils nous ont permis de supposer l'origine de l'empêchement de remariage dont sont frappés les incestueux, car ils ont fait pénétrer en Gaule, les règles développées et savantes de l'Empire byzantin. C'est dans la législation byzantine, en effet, que nous avons pu trouver un souvenir de la *lex Julia de adulteriis coercendis*, qui, assimilant les incestueux aux adultères, les privait du droit de se remarier. Le canon 2 de Néocésarée était la justification canonique de cette sentence : la pénitence perpétuelle qui frappait les incestueux n'aboutis-

sait-elle pas, en effet, à la même conséquence ? On ne s'en avisa, cependant, qu'assez tard, et ce n'est qu'à la fin du VIII^e siècle que cette règle pénétra en Italie d'abord, puis chez les Francs, par les textes de Compiègne et de Verberie.

C'est dans ces textes encore qu'il faut rechercher le point de départ d'un nouvel empêchement, dit d'affinité survenant, qui devait aboutir plus tard à l'annulation d'un grand nombre de mariages.

*
**

A l'époque de la réforme des Fausses Décrétales, la doctrine fondamentale de l'Eglise en matière d'empêchements de mariage, est achevée. On en déduira, certes, un grand nombre de conséquences, mais les principes sont définitivement acquis. On en adoucira les rigueurs, on développera, pour en paralyser la sévérité excessive, la théorie de la dispense, mais ils n'en resteront pas moins les traits essentiels de la physionomie canonique des empêchements de parenté, jusqu'à la promulgation du code de 1917.

*
**

Un seul point cependant, devait encore être discuté : celui de la computation de parenté.

Depuis Grégoire le Grand, en effet, l'Eglise possédait un mode original de computation : le calcul par générations, emprunté à la Bible. C'est dans la lettre à Augustin de Cantorbéry qu'il fut employé pour la première fois. Il fut complété ensuite par Zacharie, en conflit avec les doctrines enseignées dans les écoles de Droit de Lombardie. Dès lors, la computation pontificale était établie.

Toute la chrétienté cependant, ne se trouvait pas d'accord avec Rome sur ce point. Les Wisigoths employaient

le comput romain, ainsi que les Anglo-Saxons et, probablement, les Francs ; Boniface, élevé dans les doctrines du « synode de Londres », l'employait aussi ; les Fausses Décrétales s'en réfèrent à lui également. Le système romain pontifical ne triomphera qu'avec les collections canoniques de la réforme grégorienne, avec la lettre d'Alexandre II, à l'Eglise de Naples

*
**

Pouvons-nous, maintenant, dire quel fut le but poursuivi par l'Eglise, dans la lutte obstinée qu'elle mena contre les incestueux depuis le iv^e siècle, époque de sa première intervention, jusqu'au milieu du x^e siècle, date du triomphe de sa doctrine ? Ce ne fut pas celui que les auteurs lui attribuent généralement. Elle n'a jamais pensé à faire une eugénique, à imposer aux Chrétiens des règles qui les préserveraient des maux qu'engendrent les unions entre parents. Héritière des dispositions mosaïques, elle en a voulu l'application, comme elle a voulu le respect universel de la loi divine, et, là seulement est le principe de ses interventions incessantes, qui nous surprennent aujourd'hui. Elle vit d'abord, dans les empêchements de mariage une règle morale des chrétiens. Les Empereurs romains en firent une règle de Droit et, c'est à ce titre que le pouvoir pontifical l'imposa quand, libéré du joug impérial, il se considéra comme seul responsable de la discipline chrétienne.

Vu, le Doyen,
H. BERTHELEMY.

Vu, le Président de la thèse.
G. LE BRAS

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY

BIBLIOGRAPHIE

Sources

- Ansegise.** — Cité d'après l'édition des *Monumenta Germaniae historica, capitularia*, éditées par A. Boretius, *Capitulaires*, t. I, Hanovre, 1883, in-4°.
- Baluze (E.)** — *Capitularia regum Francorum ab anno 742 ad annum 922, brevi prodidunt, partim emendata ad vetustissimos codices manuscriptos, partim nunc primum edita et notis illustrata, opera et studio S. B.*, Paris, 1674, in-4°. Nouvelle édition de Pierre de Chiniac, 1779, 2 volumes.
- Bartgen (H.)** — *Monumenta Germaniae historica : Libri carolini*, sect. III, *Concilia*, t. II, suppl., Berlin, 1928.
- Bede le Vénérable.** — *Histoire ecclésiastique d'Angleterre*, Patrologie latine de Migne, tome 90.
- Benedictus Levita.* — Cité d'après E. Baluze, édition Pierre de Chiniac, tome I, 1779, in-4°.
- Blühme (F.)** — *Monumenta Germaniae historica*, ed. Pertz, *legum sectii IV, Leges Langobardorum*, Hanovre, 1873.
- Bruns (H. T.)** — *Canones apostolorum et conciliorum soeculorum*, Berlin, 1839.
- Bouquet (Dom M.)** — *Recueil des Historiens des Gaules et de la France*, Paris, 1738, in-8°.
- Beveridge.** — *Synodicon, sive pandectae canonum apostolorum et conciliorum ab ecclesia graeca receptorum, gr. et lat.*, Oxford, 1672, 2 volumes, in-4°.
- Capitulaires des rois Francs.* Cités d'après l'édition des *Monumenta Germaniae historica, Capitularia*, édition A. Boretius et K. Krause, Hanovre, 1883 et 1892.

- Chevalier (U.)**. — *Œuvres complètes de Saint Avil*, Lyon, 1890.
- Corpus iuris canonici*. — *Editio Lipsiensis secunda*, Post. Em. Lud. Richter curas ad librorum suorum et editionis Romanae fidem recognovit et adnotatione critica instruxit, Æm. Friedberg, Leipzig, 1879-1881, in-fol, 2 vol.
- Coustant (Dom.)**. — *Epistolae Romanorum pontificum et quae ad eos scriptae sunt, a s. Clemente usque ad Innocentium III*, t. I, Paris, 1721, in-fol.
- Dummeler**. — *Monumenta Germaniae historica*, Epistolae, t. III, Hanovre, in-4^o.
- Duchesne (Mgr.)**. — *Liber pontificalis*, Paris, 1886-1892, in-4^o.
- Ewald (P.) et Hartmann (E.)**. — *Monumenta Germaniae historica*, Epistolae, t. I et II, Berlin, 1890, 2 volumes in-4^o.
- Finsterwalder (P.)**. — *Die canones. Theodori Cantuariensis und ihre Nebelieferungsformen*, Bonn, 1929, in-8^o.
- Freshfield (E.)**. — *A manual of roman Law, the ecloga published by the Emperors Leo III and Constantine V of Isauria at Constantinople*, Cambridge, 1926, in-8^o.
- Girard (P. F.)**. — *Textes de Droit romain*, 5^e édition, Paris, 1926, in-8^o.
- Godefroy (J.)**. — *Codex Theodosianus, cum perpetuis commentariis, opus posthumum, recognitum et ordonatum ad suum Codicis Justiniani opera et studio Ant. Marvillii*, Lyon, 1665, 6 vol., in-fol.
- Haenel (G.)**. — *Lex Romana Wisigothorum*, Leipzig, 1849, in-4^o.
- Hinschius (P.)**. — *Décrétales pseudoisidorianae*, Leipzig, 1873, in-8^o.
- Labbe et Cossart**. — *Sacrosancta concilia ad Regiam editionem exacta quæ nunc quarta parte prodit auctior*, Paris, 1671-1672, in-fol.
- Lauchert (F.)**. — *Die kanones wichtigsten altkirchlichen Concilien*, Fribourg, 1896, in-16.
- Leunclavius (J.)**. — *Juris graeci-romani tam canonici quam civilis*, tomi duo J. L. studio exuti, Francfort, 1601, in-f^o.
- Lombard (P.)**. — *Sententiarum libri IV per Joannem Aleaume pristino suo notori restituti*, Rouen, 1651, in-4^o.
- Maasen (F.)**. — *Monumenta Germaniae historica, Legum sectio III concilia*, tome I, Hanovre, 1893, in-4^o.

- Mansi (J. D.).** — *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectiō*, Florence et Venise, 1759-1798, in-fol.
- Merkel.** — *Pertz. Monumenta Germaniae historica, Legum sectio*, tome III, in-f^o.
- Migne.** — *Patrologiae cursus completus, sive Bibliotheca universalis, integra, uniformis, commoda, æconomica omnium S. S. Patrum, Doctorum scriptorumque ecclesiasticorum qui ab aevo apostolico ad usque Innocentii (1198) tempora*, Paris, 1884-1846, in-4^o. (Patrologies latine et grecque.)
- Milash (N.).** — *Pravila Pravoslabiroi Tserkoi Nicodema*, Saint-Pétersbourg, 1912.
- Nicephore.** — *Corpus Scriptorum historiae Byzantinae*, Bonn, 1837, in-8^o.
- Omont (H.), et Collon (G.).** — *Grégoire de Tours, dans la collection de textes pour servir à l'étude et à l'enseignement de l'histoire*, Paris, 1886, 1893, 2 volumes.
- Diacre (Paul).** — *Edition des Monumenta Germaniae historica, Scriptores rerum langobardorum*, tome I. Ed. Bethmann, Hanovre, 1878, in-4^o.
- Pertz.** — *Monumenta Germaniae historica, inde ab anno Christi 500 ad annum 1500, auspiciis societatis aperiendis pontibus rerum germanicarum medii aevi edita*, Hanovre, impensis bibliopoli aulici Habniani, 1826-1846, in-fol.
- Pitra (J. B.).** — *Analecta Spicilegio Solesmensi parata*, Paris, 1883, in-4^o.
— *Juris ecclesiastici Graccorum historia et monumenta*, Rome, 1846, 2 volumes, in-4^o.
- Ruinart (Dom)** — *Edition de Grégoire deTours, de 1699, reproduite par Migne, Patrologie laline*, 71.
- Schwab (M.).** — *Le Talmud de Jérusalem*, Paris, 1932.
- Sirmond.** — *Concilia antiqua Galliae, tres in tomos ordine digesta... opera et studio Sirmondi*, Paris, 1629, 3 vol., in-fol.
- Tangl (M.).** — *Die Briefe des heiligen Bonifatius*, Berlin, 1916, in-8^o, collection des *Monumenta Germaniae historica, ad usum scholarum*.
- Thévenin (M.).** — *Recueil de textes pour servir à l'histoire, textes relatifs aux institutions publiques et privées, aux époques mérovingiennes et carolingiennes*, Paris, 1877, in-8^o.

Waitz (G.). — *Monumenta Germaniae historica. Scriptores rerum langobardorum*, Hanovre, 1878, in-4°.

Werminghoff (A.). — *Monumenta Germaniae historica, Leg. sect, concilia*, II, t. I et II, Hanovre, in-4°.

Études

Aubry et Rau. — *Cours de Droit civil français*, d'après la méthode de Zachariae de Lingenthal, éd. Bartin, 1911.

Babut (E. Ch.). — *La plus ancienne décrétale*, Paris, 1904, in-8°.

Barion (H.). — *Das fränkischdeutschen Synodalrecht des Frühmittelalters*, 1931, in-8°.

Batiffol (P.). — *Saint Grégoire le Grand*, dans la Collection : « les Saints », Paris, 1930.

Baudry-Lacantinerie et Houcque-Fourcade. — *Traité théorique et pratique de Droit civil*, Paris, 1900.

Baviera (G.). — *Concetto e limiti dell influenza del Cristianesimo sul diritto Romano*, dans les *Mélanges offerts à P. F. Girard*, 1912, t. I, pp. 67 à 121.

Berardi (S.). — *Gratiani canones geniuni ab apocryphis discreti*, Turin 1757, in-4°, 4 vol.

Besta (E.). — *Legislazione e scienza giuridica della caduta dell' Empero Romano al scolo decimoseto*, Milan, 1925.

— *Storia dell' diritto italiano*, I, Milan, 1923, in-8°.

Billauer (A.). — *Grundzüge des babylonischaltmudischen Ehe-rechts*, Berlin, 1910, in-8°.

Bonfante (P.). — *Corso di diritto Romano*, I. *Diritto di famiglia*, Roma, Sampaolesi, 1926, in-8°.

Brissaud (J.). — *Manuel d'histoire du Droit privé*, Paris, 1908.

Brisson (B.). — *Opera varia emendatiora et tertia parte amplius auctiora*, Paris, 1607, in-4°.

Brunner (H.). — *Erbfolgsystem*, Leipzig, 1886.

Cabrol (Dom.). — *L'Angleterre avant les Normands*, Paris, 1912, in-12.

Calisse (C.). — *Diritto ecclesiastico e diritto longobardico*, 1889, in-8°.

— *Storia del diritto italiano*, 2^e édit., Florence, 1931, in-12.

- Carusi (E.).** — *Patere sull' impedimento al matrimonio tra consobrini presso i copli*, S. Congregazione orientale, Rome 1932, in-4°.
- Clercq (C. de).** — *Capitulaires Francs en Italie à l'époque de Charlemagne*. Extrait d'*Hommage à Dom Ursmer Berlière*, 1931, pp. 256 et s.
- *Le Droit diocésain liégeois à l'époque carolingienne, notes complémentaires* dans *Leodium*, chronique mensuelle de la Société d'Art et d'Histoire du Diocèse de Liège, t. 23 (1930), pp. 23 à 40.
- Code civil allemand. Traduction de l'Office de législation étrangère et de Droit international*, Paris, 1923, in-8°.
- Code chilien, résumé analytique*, par R. de La Grasserie, Paris, 1896, in-8°.
- Code civil espagnol, traduction* d'A. Levée, Paris, 1904, in-8°.
- Code civil italien de 1865*, éd. P. Franchi, Rome, 1921.
- Code civil du Mexique, résumé analytique*, par R. de La Grasserie, Paris, 1896, in-8°.
- Code néerlandais, traduit en français et mis en concordance avec le code civil belge*, par P. H. Haunebrink, Bruxelles, 1921, in-16.
- Code portugais, traduction* Laneyrie et Dubois, 1896, Paris, in-8°.
- Code civil suisse du 10 décembre 1907, édition officielle*, Berne, 1908, in-8°.
- Colin (A.) et Capitant (H.).** — *Manuel élémentaire de Droit civil*, Paris, 1922, in-8°.
- Collinet (P.).** — *Ecole de Beyrouth*, Paris, 1928, in-8°.
- *Compte rendu* dans *Annales du musée Guimet, Revue de l'histoire des religions*, 1931, pp. 462 et s.
- Coppieters (H.).** — *Le Décret des Apôtres*, dans *Revue Biblique*, 1907, pp. 34-58.
- Cuq (E.).** — *Institutions juridiques des Romains*, tome I, Paris, 1904; tome II, Paris, 1887.
- *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 2^e éd.
- Czyhlarz (C.).** — *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*, Vienne, Leipzig, 10^e éd., 1908.
- Dale (A. W.).** — *The Synode of Elvira*, Londres, 1882, in-8°.

- Diehl (Ch.).** — *Etudes sur l'administration byzantine dans l'exarchat de Ravenne*, Paris, 1888, in-8°.
- Drey (S.).** — *Neue Untersuchungen über die Konstitutionen und Kanones der Aposteln*, Tübingen, 1832.
- Duchesne (Mgr.).** — *Histoire ancienne de l'Eglise*, t. I, Paris, 1907.
- Dudden (F. H.).** — *Gregory the Great, his place in history and thought*, London, 1905.
- Duguet.** — *Conférences ecclésiastiques ou dissertations sur les auteurs, les conciles et la discipline des premiers siècles de l'Eglise*, Cologne, 1742, in-4°.
- Dupouy (F.).** — *Le Droit civil romain d'après l'éloge*, thèse, Bordeaux, 1902.
- Durkheim (E.).** — *La prohibition de l'inceste et ses origines*, dans *Année sociologique*, 1896-1897.
- Ermann-Ranke.** — *Ægypten*, Leipzig, 1930.
- Esmein (A.).** — *Cours élémentaire d'Histoire du Droit romain*, 15^e éd., Paris, 1925.
- *Etude sur la lex Julia de adulteriis*, dans *Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, ann. 1878.
- *Le Mariage en Droit canonique*, 2^e éd. de R. Génestal, Paris, 1929.
- Faure (A.).** — *Le Mariage en Judée et en Egypte*, thèse, Valence, 1897.
- Fenet.** — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827.
- Ficker (Ch.).** — *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, t. III, Innsbruck, 1870.
- Fleury (Cl.).** — *Histoire ecclésiastique (jusqu'en 1414) avec la continuation (jusqu'en 1595, par le P. Jean Cl. Fabre et Goujet)*, Paris, 1722-1737, 36 volumes, in-4°.
- Fliniaux (A.).** — *Le système des parentèles comme mode de dévolution de la succession ab intestat*, thèse, Paris, 1906.
- Fournier (P.).** — *L'œuvre canonique de Régino de Prüm*, Bibliothèque de l'Ecole de Chartes, t. 81, p. 5-44.
- Fournier (P.) et Le Bras (G.).** — *Histoire des collections canoniques*, t. I, Paris, 1931, in-8°.
- Freisen (J.).** — *Geschichte des kanonischen Eherechts, bis zum Verfall der Glossenlitteratur*, Paderbon, 1893.

- Gams.** — *Kirchengeschichte von Spanien*, Regensburg, 1864.
- Getzeny (H.).** — *Stil und Form der ältesten Papstbriefe*, Bonn, 1922.
- Girard (P. F.).** — *Cours élémentaire de Droit romain*, 8^e édit., Paris, 1928.
- Del Giudice.** — *Le trace di diritto romano nelle leggi longobarde*, Milan, 1889.
- Goldschmidt (L.).** — *Das babylonische Talmud.*, 8 volumes, Berlin, 1896-1909, 8 vol., in-4°.
- Goodenough (E. R.).** — *The jurisprudence of the Jewish Courts in Egypt, legal administration by the sams under the early Roman Empire as described by Philo sudeans*, New-Haven, 1929.
- Guyné.** — *Traité de la représentation*, 1779.
- Halphen (L.).** — *Les barbares*, Paris, 1928, in-8°.
- Harnack (A.).** — *Das Apostel-Dekret*, Berlin, 1899.
— *Geschichte der altchristlichen Litteratur*, Berlin, 1904.
- Hartmann (G.).** — *Der Primat des römischen Bischofs bei pseudo-Isidor*, Leipzig, 1930, in-8°.
- Hauck (A.).** — *Kirchengeschichte Deutschlands*, Leipzig, 1887-1903, 6 volumes, in-8°.
- Hefele-Leclercq.** — *Histoire des conciles*, Paris, 8 tomes en 16 volumes, in-8° depuis 1907.
- Heimbach (A. E.).** — *Authenticum, Novellarum constitutionum Iustiniani versio vulgata*, Leipzig, 1846, 2 volumes, in-8°.
- Hinschius (P.).** — *System des katolischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland*, Leipzig, 1886.
- Hörmann (W. von.).** — *Quasifaffinität, rechtshistorische Untersuchungen über Affinitätswirkungen des Verlöbnisses nach weltlichem und Kirchlichem Rechte (imped. publicae honestatis)*, Innsbruck, 1897-1906, in-8°.
- I. *Römisches und byzantinisches Recht, Lehre der orientalischen Kirche.*
- II. *Entwicklungsgrundlagen der Lehre der lateinischen Kirche. (Studien zur vorgratianischen Desponsations und Affinitätslehre sowie zum germanischen Eheschließungsrechte).*
- Hummelauer (F. de).** — *Commentarius in Exodum et Leviticum* Paris, 1897. *Commentarius in Deuteronomium*, Paris, 1899.

- Huvelin (P.).** — *Cours élémentaire de Droit romain*, Paris, 1128.
- Kier (Ch.).** — *Edictus Rotari*, La Haye, 1889, in-8°.
- Kniep.** — *Gai institutionum commentarius primus*, Text mit Vorwort, Iena, 1911.
- Krueger (P.).** — *Histoire des sources du Droit romain*, traduction J. Brissaud, Paris, 188.
- Kubler (B.)** — *Die Einwirkung des Rechts und die sozialen Begriffe, Theologische Arbeiten aus dem rheinischen wissenschaftlichen Prediger-Verein*, 1909, t. 11, p. 93 à 110.
— *Isidorstudien*, dans *Hermes*, t. 25, pp. 518 et s.
- Lagrange (J. M.).** — *Epître aux Galates*, Paris, 1918.
- Laspeyres.** — *Dissertatio canonicae computationis*, Berlin, 1824.
- Lau (H.).** — *Die Angelsächsische Missionsweise im Zeitalter der Bonifas*, 1909, in-8°.
- Leclercq (H.).** — *L'Espagne chrétienne*, Paris, 1912, in-12.
- Lindner (D.).** — *Die gesetzliche Verwandtschaft als Ehehinderniss im abendländischen Kirchenrecht des Mittelalters*, Paderborn, 1920, in-8°.
- Lingenthal (Von).** — *Geschichte des Griechisch-römischen Rechts*, Leipzig, 3^e éd., 1893. Traduction d'E. Lauth, faite sur la première éd. de Leipzig, 1870, in-8°.
- Locre.** — *Exposé des motifs, Législation civile*, Paris, 1830.
- Lods (A.).** — *Israël des origines au début du VIII^e siècle*, Paris, 1930, in-8°.
- Loening (E.).** — *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, Strasbourg, 1878.
- Loisel (A.).** — *Institutes coutumières*, Paris, 1637, in-8°.
- Loisy (A.).** — *Les actes des Apôtres*, Paris, 1912.
- Lotmar (Ph.).** — *Lex Julia de adulteriis und incestum dans Mélanges offerts à P. F. Girard*, Paris, 1912, in-8°.
- Luckock (H. M.).** — *The history of Marriage Jewish and Christian*, Londres, 1894, in-16.
- Maassen (F.).** — *Geschichte der Quellen und der Litteratur des canonischen Rechts im Abenlande bis zum Ausgange des Mittelalters*, Vienne et Paris, 1870, in-8°.
- Malnory (A.).** — *Saint Césaire d'Arles*, Paris, 1899, in-8°.
- Maimonide.** — *Mischnah, sive totius Hebraeorum iuris, rituum, antiquitatum ac legum oratium systema*, Amsterdam, 1698-1703, 6 volumes, in-fol.

- Marchi (A.).** — *Dell' Influenza del Christianesimo*, dans *Studi senesi*, t. 38, année 1924, pp. 61 et s.
- Maspero.** — *Histoire ancienne des peuples d'Orient*, Paris, 1895.
- Mengozi (G.).** — *Ricerche sull' attività della scuola di Pavia*, Pavie, 1924.
- Merkel.** — *Storia del diritto langobardico*, en appendice à la traduction italienne de Savigny, *Storia del diritto Romano nel Medio Ævo*, t. III, trad. BOLATTI, Rome, 1854, in-8°.
- Mommsen (Th.).** — *Droit pénal*, traduction DUQUESNE, Paris, 1907.
- Moulton (J.) et Milligan (G.).** — *The Vocabulary of the Greek Testament*, Cambridge et Londres, 1920.
- Padelletti (G.).** — *Fontes iuris italici medii Ævi*, Turin, 1877, in-8°.
- Païs (E.).** — *Histoire romaine*, Paris, 1926.
- Pargoire (J.).** — *L'Eglise byzantine de 527 à 847*, Paris, 1905, in-18.
- Patteta (F.).** — *Karoli capitulari Mantuanum*, *Atti della R. Academia delle scienze di Torino*, t. XXV, 1889-1890, in-8°.
— *Summa Perusina*, *Bulletino del Istituto del diritto romano*, an. 1899.
- Piganiol (M.).** — *Les origines de Rome*, Paris, 1920.
- Post (A. H.).** — *Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts*, Leipzig, 1889.
- Riccobono (S.).** — *Christianesimo e diritto privato*, dans *Rivista di diritto civile*, 1911, pp. 37 à 70.
— *L'influenza del Christianesimo nella codificatione di Giustiniano*, dans *Rivista di Scienza*, t. 45, année 1919.
- Robertson-Smith (W.).** — *Kinship and Marriage in early Arabia*, Cambridge, nouvelle édition 1928.
- Rosbach (A.).** — *Untersuchungen über die römische Ehe*, Stuttgart, 1853.
- Rouast (G.).** — *Le mariage*, *Cours de Droit civil pratique de Planiol et Ripert*, tome I, Paris, 1926.
- Ruffer (M. A.).** — *On the physical effects of consanguineous marriages in the royal families of ancient Egypt.*, dans *Annales du Musée Guimet*.
- Sagmüller (J. B.).** — *Lehrbuch des katolischen Kirchenrechts*, Fribourg, 1914.

- Scheil (V.).** — *Le code d'Hammourabi*, Paris, 1904.
- Scherer (R. von).** — *Über das Eherecht bei Benedict Levita und Pseudo-Isidor*, Festschrift der Universität, Graz, 1879, in-8°.
- Schrors (H.).** — *Hinkmar, Erzbischof von Reims, sein Leben und seine Schriften*; Freiburg im Breisgau, 1884, gr. in-8°.
- Schubert (H. von).** — *Kirchengeschichte im Frühmittelalter*, Tübingen, 1921.
- Schurer (E.).** — *Geschichte des jüdischen Volkes im Zeitalter Jesu-Christi*, 3^e éd., Leipzig, 1902, in-8°.
- Sejourne (Dom).** — *Saint Isidore de Séville*, Paris, 1929.
- Sekel (E.).** — *Studien zu Benedictus Levita*, dans *Neucs Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, tomes 26, 29, 31, 34, 35, 39, 40, 41.
- Selden (J.).** — *De Jure naturali et gentium juxta disciplinam Ebroeorum*, Londres, 1640.
Uxor Hebraïca seu de nuptiis et divortiis ex iure civili, id est, divino et talmudico veterum Ebroeorum Libri tres, Londres, 1646.
- Senn (F.).** — *La notion de jurisprudence*, Paris, 1926.
- Six.** — *Das Aposteldekret*, Innsbrück, 1912.
- Spulber (C.).** — *L'eclogue des Isauriens*, Texte, Traduction, Histoire, Bucarest, 1929, in-8°.
- Stutz (U.).** — *Verwandschaft des Sachsenspiegel*, Berlin, 1890.
- Tamassia (G.).** — *Le fonte dell' Editto di Rotari*, Pise, 1889, in-8°.
 — *Longobardi, Franchi et Chiesa romana fino a tempi di re Luitprando*, Bologne, 1888, in-8°.
 — *Lanfranco, arcivescovo di Canterbury e la scuola Pavese*, dans les *Mélanges Fitting*, t. II, p. 189 et s., Montpellier, 1908, in-8°.
- Tamassia (N.).** — *Per la storia delle Autentico*, dans les *Actes de l'Institut de Venise*, IX, série 7, année 1897-98, pp. 601 et s.
 — *Storia del diritto Italiano*, Florence, 1828.
- Trifone (H.).** — *Le fonte della storia del Diritto Italiano*, Naples, 1930, in-8°.
- Troplong.** — *De l'influence du Christianisme sur le Droit civil des Romains*, Paris, 1843, in-8°.

- Turmel (J.).** — *La plus ancienne Décrétale*, dans *Revue du Clergé français*, 1907, p. 538.
- Vigier (G.)**, dit **R. P. Dominique de Jésus.** — *La Monarchie sainte et historique de la France, où les vies des saints et des bienheureux qui sont sortis de la tige royale de France sont relatées*, composée en latin par Dom. de J. religieux Carme déchaussé, traduite en français et publiée par Riodesli de Saint Amable, Paris, 1670.
- Volterra (Ed.).** — *Etude sur la collatio*, dans les *Travaux de l'Académie royale de Lincei*, 1930, année 327, série 6, vol. 3, p. 1.
- Wasserschleben (F. W. H.).** — *Bussordnungen der abendlandischen Kirche*, Halle, 1851, in-8°.
- Weiss (E.).** — *Exogamie und Endogamie in römischen Kaiserzeit*, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, t. 29.
- Zehetbauer (F.).** — *Das Kirchenrecht bei Bonifatius*, Vienne, 1910, in-8°.
- Zhishmann (J.).** — *Das Eherecht im Morgenland*, Vienne, 1864.
-

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
Le sujet	1
Définitions préliminaires	2
Consanguinité	3
Affinité	6
Parenté adoptive	9
Parenté spirituelle	9
Modes de computation de la parenté.....	10
But de ce travail	12
Intérêt de cette étude en Droit français positif.....	13
Intérêt de cette étude dans le Droit comparé.....	14

LIVRE PREMIER

LES ORIGINES DE LA REPRESSION DE L'INCESTE

Chapitre premier. — Les origines religieuses de la répression de l'inceste	18
<i>Section I. — Le concile de Jérusalem et la Loi mosaïque.</i>	19
Le concile de Jérusalem	19
La loi mosaïque	21
Dans l'Ancien Testament	21
Genèse	22
Lévitique	23
Au temps de Jésus.....	25
Défenses primaires des Talmuds.....	26
Le principe de l'unité de chair.....	27
Défenses secondaires des Talmuds.....	2n
La pratique	30
<i>Section II. — Saint Basile. Les premiers textes conciliaires. Ce qui est resté de la loi mosaïque</i>	32
A) Saint Basile	32
Lettre à Diodore	32
Lettre à Amphiloque.....	35
Thimothée d'Alexandrie	36
B) Le concile d'Elvire	36
C) Le concile de Néocésarée.....	39
D) La décrétale de Sirice	42
 Chapitre II. — Les origines civiles de la répression de l'inceste	 44
A l'origine	44
A l'époque des guerres puniques.....	45

<i>Section I. — Les empêchements de parenté et d'affinité et leur sanction en Droit romain classique</i>	46
A) La consanguinité	48
B) L'affinité	51
C) La quasi-affinité	52
D) La parenté adoptive	53
La répression	55
La <i>lex Julia de adulteriis coercendis</i>	57
<i>Section II. — La réforme de Dioclétien</i>	58
Chapitre III. — Influences chrétiennes dans le droit matrimonial romain du Bas-Empire	61
A) Abrogation de l'exception claudienne.....	62
B) Innovation dans l'affinité.....	64
C) Innovation dans la consanguinité	64
D) Innovation dans la sanction pénale.....	67
E) Discordances entre l'Orient et l'Occident au début du ^{ve} siècle..	68

LIVRE II

ORIENT ET OCCIDENT AUX VI^e ET VII^e SIECLES

Chapitre premier. — Le Droit byzantin	73
<i>Section I. — Anastase et Zénon</i>	73
L'œuvre de Justinien	74
Aggravation des peines	74
Introduction de l'empêchement de parenté spirituelle.....	78
<i>Section II. — Le concile « In Trullo »</i>	81
La parenté spirituelle	82
Règles nouvelles sur les empêchements de consanguinité et d'affinité	83
Chapitre II. — Les royaumes barbares de Gaule	84
<i>Section I. — Les disciplines franque et burgonde au début du VI^e siècle</i>	85
A) Le concile d'Orléans de 511.....	85
B) Le concile d'Epaone.....	86
Prescriptions nouvelles	88
Prescriptions anciennes	90
La sanction	91
<i>Section II. — Fusion des disciplines franque et burgonde</i>	97
Influence du canon 40 d'Epaone pour les cas d'empêchements..	98
Concile d'Orléans de 533	98
Concile de Clermont de 535	100
Le voyage d'Aubin d'Angers	102
Le voyage de Modéric.....	104
Concile d'Orléans de 583.....	106
<i>Section III. — Le pouvoir séculier s'unit au pouvoir religieux pour la répression de l'inceste</i>	108
Concile d'Orléans de 541.....	108
Concile de Tours de 567	108
Concile de Lyon de 583.....	109
Concile de Mâcon de 585.....	109

Intervention de Childebert en 596.....	110
Concile de Paris, 614.....	111
Concile de Reims, 627-630.....	112
Lois des Alamans, 630	112
Chapitre III. — Les Anglo-Saxons	114
Les consultations d'Augustin.....	114
Le cas des deux frères qui épousent les deux sœurs	114
Jusqu'à quel degré le mariage est-il licite ?.....	115
Attitude vis-à-vis des mariages déjà contractés dans des degrés défendus	116
Les Pénitentiels de Théodore	118
Chapitre IV. — L'Eglise wisigothique	121
Le concile de Lérida de 524	123
La <i>lex Romana Wisigothorum</i>	124
Le concile de Tolède de 531	124
La conversion de Récarède, 589, et l'acceptation des décisions de Tolède	124
Isidore de Séville	128

LIVRE III

*LA FORMATION ET L'EXPANSION DE LA DOCTRINE
ROMAINE PONTIFICALE*

Chapitre premier. — Formation de la doctrine romaine.....	133
Concile de Rome de 721.....	134
La parenté spirituelle	134
La consanguinité	135
L'affinité	135
La limite ; la règle du septième degré.....	136
Influences espagnoles	137
Influences byzantines	138
Chapitre II. — Expansion de la règle romaine dans le Droit byzantin..	139
L'œuvre de Léon III.....	139
L'évolution ultérieure.....	141
Consanguinité	141
Affinité	142
Parenté adoptive.....	142
Parenté spirituelle	143
Chapitre III. — Expansion de la doctrine pontificale en Germanie.	
L'œuvre de saint Boniface	144
La correspondance de saint Boniface.....	144
Parenté et affinité ; la lettre de Grégoire.....	145
Parenté spirituelle ; le divorce de Chilpéric et d'Audovère.....	151

Chapitre IV. — Expansion de la doctrine pontificale en Lombardie...	156
La première législation lombarde : Rotharis	156
Réforme de Liutprand, L'acceptation des dispositions romaines ...	158
La computation lombarde de la parenté.....	161
Chapitre V. — Essai de réforme de la discipline franque des empêchements de mariage	173
Appel à Boniface pour lutter contre l'anarchie de l'Eglise franque..	173
Concile de 742 et concile de Leptinnes.....	174
Concile de Rome de 743 : précisions nouvelles des décisions pontificales	176
Lettre de Zacharie à Pépin de 747.....	177
Concile de Ver de 755	178
Capitulaire de Pépin	180
Conciles de Verberie et de Compiègne.....	183
Tableau des canons	185
Le mode de computation	188
La langue des textes : <i>pertinentes, stare</i>	189
Le Pape Serge	190
L'origine de ces textes : l'exarchat de Ravenne ?.....	191
L'histoire est en faveur de cette hypothèse.....	191
L'assemblée de Compiègne	194
Y eut-il une assemblée de Verberie.....	194
Le rôle de ces textes	195
Le promoteur de ces textes : l'évêque Chrodegand	196
Le capitulaire de Pépin fut-il rédigé sous l'inspiration de ces textes ?	197
Apparition d'un nouvel empêchement : l'affinité survenant.....	200
Origine de l'empêchement de remariage des incestueux.....	200
Chapitre VI. — L'œuvre stabilisatrice de Charlemagne.....	202
<i>Section I. — Chez les Francs.....</i>	203
Capitulaire de 769.....	203
Assemblée d'Herstal de 779.....	203
Capitulaire de Saxe, 775-790.....	204
<i>Admonitio generalis</i> d'Aix, 789.....	205
<i>Capitula examinandis ecclesiasticis</i>	206
Capitulaire général de <i>missi</i>	206
<i>Section II. — Chez les Bavares.....</i>	208
Concile de Dingöfiling de 770.....	207
Conciles de Riesbach, Freising et Salzbourg de 800.....	209
Lettre de Léon III, 800.....	209
<i>Section III. — Chez les Lombards.....</i>	210
Version lombarde du capitulaire de 779.....	211
Concile de Frioul, 796 ou 797.....	212
Capitulaire de 787-789.....	213
Chapitre VII. — Les conciles de 813.....	214
Concile d'Arles	214
Concile de Mayence.....	216
Conciles de Tours et de Chalon-sur-Saône.....	220
Capitulaire d'Hatton.....	222

Chapitre VIII. — Les capitulaires et les conciles après Charlemagne...	225
Capitulaire de 821 : les biens des incestueux	225
Concile de Paris de 829 : le besoin de réforme commence à se faire sentir	227
Concile de Mayence de 847 : il marque un progrès dans la législation	229
Réunion de Paris, 847-850.....	229
Concile de Valenciennes.....	230
Chapitre IX. — Activité des évêques pendant et après le règne de Charlemagne	232
Gerbald de Liège	232
Théodulfe d'Orléans	233
Jonas : influences d'Isidore et du Code théodosien.....	233
Rodolfe de Bourges : influences du concile de Néocésarée et de la Dyonisio-Hadriana	235
Les opinions de Raban Maur : parmi les diverses solutions, il choisit les solutions tempérées.....	237
Chapitre X. — Le triomphe de la discipline pontificale par les recueils isidoriens	241
Nécessité d'une réforme : Paris, Meaux, Epernay.....	242
Capitulaires de Benedictus Levita et du Faux-Isidore.....	244
La consanguinité	244
Recherche des incestueux	244
La limite	244
Fausse lettre de Félix	244
Effets des mariages défendus	244
Solutions sévères	244
L'affinité : étendue, affinité, survenant	249
Parenté spirituelle	252
La police des incestueux	254
La sanction pénale	256
Chapitre XI. — Influence des Fausses-Décrétales sur la législation canonique franque	258
A) Sur la législation des évêques	258
B) Influence sur la législation des Pénitentiels	260
C) Influence sur la législation conciliaire	261
Conclusion	267
Table des auteurs cités	273

BORDEAUX. — IMPRIMERIE J. BIERE, 18-20-22, rue du Peugue. — 1933.
